Anschütz

Kritische Studien

zur

Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

welche mit Genehmigung

der hohen juristischen Fakultät der K. vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg

am Sonnabend den 10. Januar 1891 Mittags 12 Uhr

zugleich mit den angehängten Thesen öffentlich verteidigen wird

Gerhard Anschütz,

Referendar am Königl. Landgericht zu Halle a/S.

Opponenten:

Carl Schilling, Referendar.

Dr. jur. Heinrich Funcke, Referendar.

Leipzig

Druck von Breitkopf und Härtel

1891.

Meinem lieben Freunde

Carl Schilling

zu eigen.

Inhalts-Übersicht.

Literatur-Übersicht und Abkürzungen.

Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches II. Aufl. Bd. I. Freiburg i/B. 1888. (zitiert: „Laband").

Jellinek, Gesetz und Verordnung. Freiburg i/B. 1887 („Jellinek").

Seligmann, Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag. I. Der Begriff des Gesetzes u. s. w. Berlin und Leipzig 1886 („Seligmann").

Haenel, Studien zum Deutschen Staatsrechte, Bd. II. Leipzig 1880. („Haenel".)

Georg Meyer, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Aufl. Leipzig 1885. („G. Meyer".)

Zorn, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2. Bde. Berlin und Leipzig 1880. 1883. („Zorn".)

H. Schulze, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 2 Bde. Leipzig 1881. 1886. (H. Schulze, D. Stsr".)

v. Martitz, Über den konstitutionellen Begriff des Gesetzes, in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 1880 S. 249 ff. („v. Martitz".)

Loening, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig 1883. („Loening".)

Annalen des Deutschen Reichs, von Hirth, seit 1868. („Hirth's Ann.")

Archiv für öffentliches Recht, seit 1886. („A. f. öff. R.")

Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, von Grünhut seit 1874. („Grünhut".)

Archiv für civilistische Praxis. („A. f. civ. Pr.")

Erstes Kapitel.

Die Literatur und die Streitfrage.

I.

„Gesetz“ und „Recht“ waren von jeher Wechselbegriffe. Wenn das deutsche Gerichtsverfassungsgesetz von Gerichten spricht, welche unabhängig und nur dem „Gesetz“ unterthan sein sollen, wenn in der Einleitung zum Preußischen Allgemeinen Landrecht von „den Gesetzen“ die Rede ist, so sind die Normen des objektiven Rechts gemeint. Die Ausdrücke „Gesetzgeber“, „Gesetzgebung“, „Gesetzbuch“, — sie rufen in uns die Vorstellung einer inhaltlich bestimmten Seite der Staatsthätigkeit hervor, die Vorstellung des Staates als Schöpfer und Erhalter der Rechtsordnung.

Der Gesetzesbegriff gehört dem Staatsleben aller Völker und Kulturepochen an: er ist Allgemeingut des universellen Rechtslebens. Und zwar läßt sich der Inhalt dieses Begriffes, abgesehen von jeder historischen, politischen oder wissenschaftlichen Einzelgestaltung, in den Satz zusammenfassen:

Gesetz ist die vom Staate ausgehende Anordnung eines Rechtssatzes, das Produkt der staatlichen Rechtssetzungsfunktion[1].

Wie nun die Gesamtpersönlichkeit des Staates nur durch Organe,

---

[1]) Vgl. H. v. Schulze-Gävernitz, Preuß. Staatsr. 2. Aufl. II. S. 3 ff. — Man kann die Grenzen des Gesetzesbegriffes nach dieser Seite noch weiter ziehen und außer der staatlichen noch die Rechtssatzung des Volksbewußtseins, das Gewohnheitsrecht „Gesetz“ nennen. Vgl. Einführungsgesetze zur Civilprozeßordnung § 12, zur Strafprozeßordnung § 7, zur Konkursordnung § 2. Indessen überschreitet eine solche Einbeziehung nichtstaatlicher Rechtserscheinungen in den Gesetzesbegriff jedenfalls den Rahmen einer staatsrechtlichen Betrachtung, welche sich auf die Erörterung von Staatsfunktionen zu beschränken hat.

d. h. durch das Mittel physischer Personen oder Personenmehrheiten, handeln kann, so übt sie auch die Gesetzgebung in dem eben erörterten Sinn durch Organe aus.

Nehmen wir den hypothetischen Fall eines Staates an, in welchem die Gesetzgebung — welchen Begriff wir zunächst immer gleichbedeutend mit „Rechtssetzung" gebrauchen wollen — ausschließlich einem bestimmten Staatsorgane (gesetzgebenden Körper) anvertraut ist, so erhellt sofort, daß wir dem Gesetzesbegriff eine andere Seite abgewonnen haben, wenn wir ihn definieren als Produkt der Thätigkeit des gesetzgebenden Staatsorgans.

In diesem hypothetischen Staate würden sich die beiden Begriffsbestimmungen, es würden sich die materielle und die funktionelle Seite des Gesetzes decken, insofern man einmal den Inhalt, und sodann die Form eines Phänomens definiert hätte.

Indessen dürfte ein solcher Staat, in welchem das Prinzip der Arbeitsteilung so streng durchgeführt ist, daß die rechtssetzende Thätigkeit ausschließlich von einem Staatsorgane ausgeübt wird, weder in der Geschichte, noch in der Gegenwart nachweisbar sein. Wir wollen hier nicht in eine Erörterung des Prinzips der Gewaltenteilung und seine durch die Verfassungen der französischen Revolutionszeit angestrebte Realisierung eingehen, sondern uns mit der Thatsache begnügen, daß kein Staat der Jetztzeit die Anforderungen der politischen Erscheinungsform jenes biologischen Prinzips der Arbeitsteilung, des Satzes von der „séparation des pouvoirs" voll erfüllt.

Betrachten wir jedoch die konstitutionellen Staaten unserer Zeit, so sehen wir, daß sich jenes Prinzip in der gesamten organischen Beschaffenheit des Staates, der Verteilung der Staatsfunktionen an Organe, immerhin deutlich ausprägt.

Nicht nur sind die „richterliche" und die „vollziehende" Gewalt grundsätzlich von einander getrennt, und an differenzierte Organe gewiesen; insbesondere aber gilt als oberstes Prinzip der konstitutionellen Staatsordnung, daß der Monarch als Chef der Regierungsgewalt nicht mehr wie ehedem selbständig Gesetze geben, sondern die Rechtssetzungsfunktion, ganz allgemein ausgedrückt — nur in Gemeinschaft mit einer Volksvertretung ausüben darf — nach näherer Maßgabe der unter einander stark abweichenden Bestimmungen der verschiedenen Staatsverfassungen, was hier nicht weiter interessiert.

Wir haben also im modernen konstitutionellen Staate allerdings den Fall, daß die Ausübung der rechtssetzenden Gewalt an ein bestimmtes Staatsorgan gebunden ist, aber weder ist dies ausschließlich der Fall, noch ist in irgend einem Staate das gesetzgebende Organ nur mit Wahrnehmung der Rechtssetzungsfunktion betraut.

Wir werden sehen — und es ist der Zweck dieser Abhandlung, es zu zeigen, daß zum Mindesten im Deutschen Reich und in Preußen die beiden, oben angedeuteten Seiten des Gesetzesbegriffes nicht in dem Verhältnisse stehen, daß für jede Willensäußerung des gesetzgebenden Organs auch die Bezeichnung „staatlich angeordneter Rechtssatz“ zutrifft, sondern daß die ursprüngliche und eigentliche Bedeutung des Ausdruckes „Gesetz“ (= Rechtssatz) und die im konstitutionellen Staate durch die Undurchführbarkeit des Prinzips der Gewaltenteilung herausgebildete funktionelle Bedeutung: Gesetz = Äußerung des gesetzgebenden Organs zwei „sich schneidende“ Begriffe geworden sind (Laband).

Dieses Moment bedarf einer kurzen Erläuterung, und wir gelangen damit sogleich zum Kernpunkte der im Folgenden zu erörternden Streitfragen.

Die moderne Staatsrechtswissenschaft hat für die zwei Seiten des konstitutionellen Gesetzesbegriffs allgemeingültige technische Ausdrücke aufgestellt, die wir von nun an auch hier verwenden wollen.

Man versteht unter „Gesetz im materiellen Sinne“ die ursprüngliche Bedeutung des Gesetzesbegriffs, nämlich jeden staatlich angeordneten Rechtssatz, gleichviel ob derselbe vom gesetzgebenden Organ selbst oder von andern Staatsorganen als Delegataren des ersteren Organes erlassen ist.

Man versteht unter „Gesetz im formellen Sinne“, „formellem Gesetz“ jede Staatswillensäußerung ohne Rücksicht auf ihren Inhalt, welche auf dem für die konstitutionelle Gesetzgebung des jeweiligen Staates vorgeschriebenen Wege zu Stande gekommen, insbesondere also vom Staatsoberhaupt in Übereinstimmung mit der Volksvertretung erlassen ist.

Wäre das Prinzip der Gewaltenteilung streng durchgeführt, wäre das gesetzgebende Organ nicht nur präsumtiv, sondern ausschließlich im Besitze der rechtssetzenden Gewalt, verrichtete ferner eben dieses Organ nur die Funktion der staatlichen Rechtssetzung und griffe nicht auch in das Gebiet anderer Gewalten ein, so müßte jedes Gesetz im materiellen Sinne auch ein solches im formellen Sinne sein, und kein formelles Gesetz gäbe es, welches nicht einen Teil des objektiven Rechts bildete. Die Frage: „welches ist der mögliche Inhalt der formellen Gesetze?“ — brauchte nicht aufgeworfen zu werden, ihre Beantwortung läge klar auf der Hand: Es giebt nur einen möglichen Inhalt; jedes formelle Gesetz muß nothwendigerweise einen Rechtssatz enthalten.

Die Antwort auf die soeben berührte Frage ist nun aber nicht so leicht gefunden und jedenfalls, wie ein Blick auf die einschlägige staatsrechtliche Lite-

ratur lehrt, in der verschiedenartigsten Weise erteilt worden. Bei der positiven Gestaltung des konstitutionellen Staatsrechts bildet jene Frage nach dem möglichen Inhalte der formellen Gesetze ein schwieriges und weittragendes Problem, dessen Diskussion uns mitten auf den Kampfplatz der Wissenschaft und Politik, mitten in den schroffen Widerstreit der Meinungen führt, ein Problem, dessen Erörterung auch, und umsoweniger als abgeschlossen gelten kann, weil, wie wir später sehen werden, hierbei alles auf die klare Fassung von Grundbegriffen ankommt, deren Erklärung und Abgrenzung selbst noch zu sehr im Argen liegt, als daß sie ihrer Bestimmung als sichere theoretische Grundlagen der hier zu erörternden Streitfragen voll genügen könnten.

Was diese Fragen nun selbst anlangt, so trifft den Kernpunkt derselben die schon oben aufgeworfene Streitfrage über den möglichen Inhalt der Gesetze im formellen Sinne.

Der gegenwärtige Stand der Diskussion dieser Streitfrage (eine Diskussion, die im übrigen mit seltener Heftigkeit und sich zuweilen bis zu persönlichen Angriffen versteigender Erregtheit geführt worden ist) — hat wenigstens dahin geführt, daß auch von den schroffsten Gegnern die angegebene Fragestellung übereinstimmend als die richtige und den Kernpunkt der Kontroverse treffende anerkannt wird.

Zum Beweise hierfür sei nur erwähnt, daß sich jene Fragestellung fast wörtlich übereinstimmend bei zwei Schriftstellern der neuesten Zeit findet, deren Ansichten bezüglich der Sache selbst sich diametral gegenüberstehen: Haenel und Jellinek[2]).

Aber freilich, zu obiger Fragestellung ist man erst in neuester Zeit gelangt. Überhaupt ist die Theorie vom Gesetz im formellen und materiellen Sinne erst von der Staatsrechtswissenschaft unserer Tage bewußt aufgestellt und in ihre Konsequenzen verfolgt worden, wenn es auch außer Zweifel steht, daß bereits J. J. Rousseau die Möglichkeit von Gesetzen, welche nur ihrer Form wegen &c.; d. h. als Beschlüsse des »en corps souverain« versammelten Volkes des Rousseau'schen Idealstaates, die Bezeichnung Gesetz verdienen, aber keine Rechtssätze zum Inhalte haben, anerkannt hat[3]). Obwohl vorbe-

---

[2]) Ersterer in seinen Studien zum Deutschen Staatsrechte II. S. 115: „Und so führen alle Erörterungen immer wieder auf die . . . . . Frage zurück . . . . .: Welches ist der mögliche Inhalt des Gesetzes im Rechtssinn?" Letzterer, Gesetz und Verordnung S. 233: „Es erhebt sich nun die wichtige und schwierige Frage nach dem möglichen Inhalt der verbindlichen formellen Gesetze.

[3]) S. hierüber Jellinek S. 53. Daselbst finden sich auch einige bezeichnende Stellen aus Rousseau's Contrat social zitiert. — Wenn man im übrigen die Doppeldeutigkeit des Ausdruckes „Gesetz" ausschließlich dem Staatsrechte der modernen konstitutionellen

reitende Stimmen in der Literatur schon in der ersten Zeit der konstitutionellen Epoche Deutschlands hervortreten, wenn namentlich das Etatgesetz der konstitutionellen Verfassungen schon in den dreißiger und vierziger Jahren dieses Jahrhunderts Schriftstellern wie Pfizer und v. Mohl Anlaß zu Betrachtungen über die rechtliche Natur dieses Gesetzes gab und letzteres bereits damals als ein rein formelles Gesetz, als „ein von der eigentlichen Gesetzesnatur verschiedener Verwaltungsakt“[4]) erkannt wurde, — so sah man doch bis zur Erscheinung der bahnbrechenden Schriften Laband's das Etatgesetz als eine staatsrechtliche Singularität an, welche eine interessante Ausnahme zeigte von der allgemeinen Regel, daß jedes Gesetz einen Rechtssatz enthalten müsse.

Man war sich über die rechtliche Natur dieses Gesetzes in der Hauptsache klar, gelangte aber nicht so weit, aus der Beobachtung dieser und analoger staatsrechtlicher Erscheinungen auf einen allgemeinen Grundsatz zu schließen, dessen Aufstellung wir v. Stockmar[5]) verdanken, dessen dogmatische Ausführung und theoretische Begründung aber in erster Linie Laband's Verdienst ist.

Seine diesbezüglichen Ausführungen sind enthalten in folgenden Schriften:

1. Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preußischen Verfassungs-Urkunde, unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes (1871).

2. Das Finanzrecht des Deutschen Reichs, Hirth's Annalen (1873). S. 524 f.

3. Das Staatsrecht des Deutschen Reichs. 1. Aufl. 1878 ff. und 2. Aufl. Bd. I. 1888.

Staaten bisher vindiziert hat, so ist zu bemerken, daß der Gegensatz zwischen formellen und materiellen Gesetzen in interessanter Weise auch für das Römische Staatsrecht verschiedener Epochen nachgewiesen worden ist von Pernice: Formelle Gesetze im Römischen Rechte [Berlin 1888]. Damit dürfte die Thatsache festgestellt sein, daß die Erscheinung „rein formeller“ Gesetze überall da auftritt, wo die einzelnen Staatsfunktionen, „Gewalten“, an bestimmte Organe geknüpft sind, ohne daß jedoch die glatte Durchführung der Gewaltenteilung dadurch erreicht oder auch nur angestrebt wird. Die Erkenntnis dieses Umstandes an der Hand der Betrachtung eines längst abgeschlossenen Staatsrechtslebens muß als ein bedeutsamer theoretischer Fortschritt bezeichnet werden. Vgl. im Übrigen Pernice a. a. O. S. 2 und 7 ff. —

[4]) So Pfizer nach Seligmann S. 7. Vgl. hierüber des Letzteren treffliche literarhistorischen Ausführungen, a. a. O. S. 6 ff. —

[5]) Ztschr. für Deutsches Staatsrecht, Einziger Band, 1867 S. 201, 208 ff. Vgl. über einen angeblichen Vorläufer v. Stockmar's Seligmann. S. 9, Anm. 1.

4. Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, bei Marquardsen, Handbuch des öffentlichen Rechts. Bd. II, 1 (1883).

5. Zur Lehre vom Budgetrecht. Archiv für öffentliches Recht, Bd. I. S. 172 f. (1886).

Durch Laband's glänzende Ausführungen ist die Theorie vom Gesetz im formellen und materiellen Sinne in der gegenwärtigen staatsrechtlichen Literatur herrschend geworden [6].

Indessen hat es auch an Gegnern nicht gefehlt [7]) — aber im Großen und Ganzen kann man sagen, daß die mehr oder minder ausführlich begründeten Ausführungen dieser Gegner ohne wesentlichen Einfluß auf die herrschende Meinung geblieben sind, welche Meinung noch besonders durch die historischen und dogmatischen Untersuchungen Jellinek's theoretisch befestigt wurde, so daß ein Widerspruch gegen dieselbe kaum mehr möglich erschien.

---

6) Ein vollständiges Verzeichnis dieser Literatur findet sich bei Seligmann S. 11 Anm. 1. Einige von Seligmann noch nicht zitierte Erscheinungen der neuesten Zeit seien hier noch angeführt. Es sind: Vor Allem Laband's Staatsrecht, 2. Aufl. (1888) S. 512 ff. 566 ff., bereits oben erwähnt. Sodann Seligmann's Werk selbst (1886).

Jellinek, Gesetz und Verordnung, (1887) S. 226 ff.

H. v. Schulze-Gävernitz, Preuß. Staatsrecht, 2. Aufl., Bd. II., S. 7 ff. (1888).

Prazak, im Archiv f. öff. Recht, II. S. 457 ff.

Dyroff, Rechtssatzung und Gesetz, zunächst nach bayerischem Staatsrecht, Hirth's Annalen 1889, S. 817 ff. (Hier ist diese Schrift nach den Seitenzahlen der Einzelausgabe zitiert.)

Seydel, Bayer. Staatsrecht, Bd. III., (1887) S. 546 ff.

Pernice, Formelle Gesetze im Römischen Rechte, 1888. —

In allen diesen Werken findet sich die Laband'sche Theorie, von geringen Abweichungen abgesehen, vertreten. — Verwandte wissenschaftliche Fragen werden besprochen bei Bernatzik, Arch. f. öff. Recht, Bd. V, S. 169 ff. (1889).

7) Vgl. Zorn, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, I, S. 108, II, S. 329 ff., 333 ff. und die Darstellungen desselben Verfassers in der Ztschr. für die ges. Staatswissenschaft, Bd. 36, S. 11 ff., 1880, in Hirth's Annalen 1885, S. 301 ff., und 1889, S. 344 ff., sowie in Grünhut's Ztschr., Bd. X, S. 735 ff.,

v. Martitz, Ztschr. für die ges. Staatswissenschaft, Bd. 36, S. 207 ff.

Seidler, Budget und Budgetrecht, 1885, S. 184 ff.

v. Sarwey, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 24 ff.

Loening, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 227.

Endlich das höchst beachtenswerte Buch von Haenel, das Gesetz im formellen und materiellen Sinn. (Studien zum Deutschen Staatsrechte, Bd. II, S. 99 ff., auch besonders erschienen.)

In engem Anschluß an Haenel neuestens: Thon, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinn mit Beziehung auf die gleichbenannte Abhandlung von Dr. Albert Haenel, im Arch. f. öff. Recht, Bd. V, S. 149 ff.

Dies war der Stand der Literatur, als Haenel's Abhandlung über das Gesetz im formellen und materiellen Sinne erschien, und die Theorie, deren Namen sie trägt, in jedem Punkte mit ausführlichen und tiefgehenden Begründungen angriff und zu widerlegen suchte.

Das Haenel'sche Buch ist seltsamer Weise bisher ohne Erwiderung geblieben. Wenn Dyroff, Rechtssatzung und Gesetz. S. 71. Anm. 2 sagt: „Eine eingehende Würdigung der fraglichen prinzipiellen Rechtsanschauungen Haenel's kann natürlich hier im Rahmen nachträglich eingefügter Anmerkungen (die Dyroff'sche Schrift erschien kurze Zeit nach der Haenel'schen) nicht erfolgen. Es wird auch jedenfalls bald von einer zunächst berufenen Seite entgegnet werden;" — so hat sich diese Erwartung des letztgenannten Autors nicht erfüllt. Die „zunächst berufene Seite" schwieg vielmehr still.

Es wäre wohl aber durchaus unrichtig, wollte man aus dem Schweigen der Vertreter der „herrschenden Meinung" schließen, daß nunmehr das letzte Wort in Sachen der modernen Gesetzestheorie gesprochen und durch Haenel's Buch ein totaler Umschwung der herrschenden Meinung herbeigeführt sei. Meines Erachtens bringt auch Haenel, trotzdem seine Ausführungen zu dem Scharfsinnigsten und Anregendsten gehören, was die staatsrechtliche Literatur bisher hervorgebracht hat, trotzdem sie oft bestechend genug klingen und man sich der eindringlichen, durch eine glänzende Dialektik unterstützten Argumentationsweise des hervorragenden Staatsrechtslehrers zuweilen nur schwer erwehren kann, nichts Wesentliches gegen die Laband-Jellinek'sche Theorie vor, was nicht schon sonst einmal gesagt und diskutiert worden ist.

Soviel zur allgemeinen Charakteristik dieses interessanten Buches, welches im Verein mit der in der letzten Anm. zitierten Thon'schen Abhandlung die Literaturgeschichte der hier zu erörternden Fragen vorläufig abschließt.

Der wissenschaftliche Standpunkt nun, von dem die gegenwärtigen Ausführungen geschrieben sind, ist bereits des Öfteren angedeutet worden; es ist im wesentlichen derselbe, der in den Darstellungen Laband's und seiner Anhänger eingehalten ist. Es dürfte schwer, wenn nicht gar unmöglich sein, bezüglich der Theorie vom Gesetz im formellen und materiellen Sinne sachlich etwas Neues zu sagen. Das Streitmaterial liegt nahezu vollständig vor, nur einer Sichtung und hier und da einer Ergänzung bedürfend.

Demnach kann die Aufgabe dessen, der jetzt an dieses Streitmaterial herantritt, in erster Linie nur eine kritische sein. Worauf es ankommt, das ist, zu untersuchen, ob und in wie weit die Vertreter der herrschenden Theorien die letztere wirklich zu begründen vermocht haben, und ob und in welchen Punkten

sie den Gegnern unterlegen sind. Und dieser Gedanke führt zur Darstellung und Kritik der einander entgegenstehenden Dogmen und Theorien.

Zunächst aber dürfte der eigentliche Streitpunkt nochmals klarzustellen sein.

II.

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß bei den beiden Begriffsbestimmungen: Gesetz im formellen und Gesetz im materiellen Sinne der Ausdruck „Gesetz" nicht die Rolle eines gemeinsamen Oberbegriffs spielt. Vielmehr sind die beiden Gesetzesbegriffe nach Laband's treffendem Ausdruck zwei „sich schneidende" Begriffe, der Art, daß Erscheinungen nachweisbar sind, denen nur die Bezeichnung „materielles Gesetz" zukommt (gesetzvertretende oder Rechtsverordnungen), andere, die auf das Prädikat „Gesetz" nur ihrer Form wegen Anspruch erheben können (Gesetze ohne normativen Inhalt und insbesondere Verwaltungsakte in Gesetzesform), während allerdings die überwiegende Mehrzahl der formellen Gesetze Rechtssätze zum Inhalt hat, also auch zugleich der materiellen Gesetzgebung angehört. Und dieser Umstand, daß in den meisten Fällen der Gesetzesform der Inhalt „Rechtssatz" entspricht, zeigt, daß der konstitutionelle Staat unserer Zeit allerdings eine dem politischen Postulate der Gewaltentheilung nahekommende Organisation aufweist.

Aber kein Staat der Welt kann als Beispiel für die Thatsache der Erfüllung jenes Postulats herangezogen werden.

Wo immer ein besonderes staatliches Gesetzgebungsorgan existiert, überall dient es allerdings in erster Linie der materiellen Gesetzgebung, dieselbe vielleicht vollkommen monopolisierend, jedes Rechtsverordnungsrecht ausschließend. Überall aber auch versieht es staatliche Funktionen, welche inhaltlich nicht als Rechtssetzung zu bezeichnen sind.

Und umgekehrt, nirgends wohl — zum mindesten nicht in den konstitutionell-monarchischen Staaten, ist der Fall nachweisbar, daß einzig die gesetzgebenden Organe materielle Gesetze erlassen. Vielmehr steht in allen diesen Staaten auch dem Monarchen und den Behörden eine — obzwar meist nur delegierte — Rechtssetzungsbefugnis zu. (Man denke vor Allem an das Polizeiverordnungsrecht!) Und diese letzteren, nicht formell-gesetzlichen Rechtssatzungen, welche, obwohl sie im Verwaltungswege erlassen sind, trotzdem den konstitutionellen Gesetzen an materieller Rechtsverbindlichkeit vollkommen gleichstehen, verdienen aus diesem Grunde als gesetzliche Rechtsquellen die Bezeichnung

„Gesetze im materiellen Sinne", eine Terminologie, welche Haenel[8]) ohne ersichtlichen Grund für „erzwungen" und „verwirrend" erklärt. Es ist nur erforderlich, die zwei Bedeutungen des Ausdruckes „Gesetz" stets klar auseinanderzuhalten. —

Wechseln wir nun den Gesichtspunkt, von dem aus nur das Gesetz als eine Rechtsquelle erschien, und nennen „Gesetz" alles das, was sich als formell-verbindliche Willensäußerung der legislativen Staatsorgane qualifiziert, so führt eine Analyse des Inhalts dieser „legislativen Akte"[9]) zu dem bemerkenswerten Ergebnis der unbeschränkten Variabilität dieses Inhalts im Rechtssinne, der Art, daß außer dem normalen Fall der Rechtsregel schlechthin Alles die Form des konstitutionellen Gesetzes annehmen kann, was überhaupt als Willensäußerung der Staatsgewalt denkbar ist.

Das formelle Gesetz erscheint unter diesem Gesichtspunkte als eine Form der staatlichen Willensäußerung, eine Form, welche, abgesehen von ihrem Inhalte, zunächst ganz selbständige Rechtswirkungen im Gefolge hat, welche somit für alle formellen Gesetze die gleichen sind, und die Laband mit dem Ausdruck „formelle Gesetzeskraft" zusammenfaßt[10]).

Die letztere besteht aber darin, daß ein formelles Gesetz nur durch ein eben solches Gesetz aufgehoben, abgeändert oder authentisch interpretiert werden kann. Daß die formellen Gesetze diese Wirkung haben, steht vollkommen außer Streit; nur daß die Gegner der formellen Gesetzestheorie die bezeichnete Wirkung nicht der Gesetzesform, sondern dem „Gesetz" als solchem, welches nach ihrer Meinung stets nur die Erscheinungsform eines Rechtssatzes sein kann, zuschreiben.

Hiermit ist nun der eigentliche Kernpunkt der Streitfragen berührt. „Variabilität des Gesetzesinhaltes" — „Einheit des Gesetzesbegriffes" sind die Losungsworte der streitenden Parteien. Die richtige Fragestellung lautet somit: „Welcher Inhalt kann in denjenigen staatlichen Willensäußerungen, welche der Form ihrer Erlassung wegen die Bezeichnung „Gesetz" verdienen, nachgewiesen werden?" Dabei ist zu bemerken, daß es außer Streit steht, daß ein formelles Gesetz einen Rechtssatz enthalten kann, es mithin nur darauf ankommt, Gesetzesinhalt nachzuweisen, dem der Charakter als Bestandteil des objektiven Rechtes abgeht.

---

8) Vgl. S. 110 a. a. O.

9) Dieser Ausdruck, offenbar gleichbedeutend mit dem, was die heutige Theorie „rein formelles Gesetz" nennt, findet sich in der französischen Direktorialverfassung vom 5. Fruktidor III, Art. 128, woselbst ausdrücklich getrennt werden: »les lois et les autres actes du Corps législatif. Vgl. Jellinek S. 79.

10) Laband S. 573 ff.

Es entsteht somit die Aufgabe, die gegenwärtigen Theorien über den Gesetzesbegriff an der Hand einer möglichst umfassenden Analyse der positiven Gesetzgebung zu prüfen.

Freilich erhellt sofort, daß diese Prüfung für jedes positive Recht einzeln zu vollziehen ist. Die aus einer Rechtserscheinung oder einer Mehrheit von solchen induzierten wissenschaftlichen Ergebnisse haben stets Tragweite und Wert nur für das positive Recht, dem jene Rechtserscheinungen angehören; für andere Rechtsordnungen lediglich dann, wenn der Beweis für die mit dem ersteren übereinstimmende rechtliche Struktur der letzteren geliefert ist.

Dieser Satz dürfte unbestreitbar sein und es auch bleiben, bis das in der staatsrechtlichen Literatur[12]) so oft direkt oder indirekt herangezogene „internationale konstitutionelle Verfassungs- und Verwaltungsrecht" aus einer Fiktion zu realer Wirklichkeit geworden ist.

Wir werden uns im Folgenden auf die Reichs- und preußische Gesetzgebung beschränken. Die Gesetzgebung anderer deutscher Bundesstaaten, (namentlich der süddeutschen) würde infolge der eigenartigen Struktur des Staatsrechts letzterer Staaten eine gesonderte Betrachtung mit theilweise ganz anderen theoretischen Grundlagen erfordern und aus dem Rahmen dieser Studien herausfallen.

Bevor wir in eine analytische Betrachtung der positiven Gesetzgebung eintreten, erwächst indessen noch die Aufgabe, auf die Grundlagen des Gesetzesbegriffs, und zwar zunächst des materiellen Gesetzesbegriffs näher einzugehen.

Die Gegner der hier vertretenen Auffassung der Streitfrage gehen von der Ansicht aus, daß jedes formelle Gesetz einen Rechtssatz enthalte. Diese Ansicht ist am schärfsten formuliert von Haenel in den Schlußworten seines Buches: „Die Form des Gesetzes hat den Rechtssatz zu dem ihr notwendigen Inhalt."

Wie ersichtlich, identifiziert Haenel, und — wie hier vorgreifend bemerkt sei, mit ihm die übrigen wenigen Gegner der herrschenden Ansicht — formelle Gesetzgebung und Rechtssetzung. Da nun das Wesen der Gesetzesform außer Streit steht, so gehen offenbar die sich widerstreitenden Ansichten hinsichtlich dessen, was unter „Rechtssatz" und „Rechtssetzung" zu verstehen sei, weit auseinander, sodaß diese Ausdrücke bei den verschiedenen Autoren Verschiedenes bedeuten.

Damit gelangen wir zu der Aufgabe, den Begriff des Rechtssatzes, mit welchem Freund und Feind gleicherweise operieren, an der Hand der gegen-

---

[12]) Namentlich auch von Jellinek. Das Verdienst, welches in den umfassenden Rechtsvergleichungen dieses Schriftstellers liegt, soll damit durchaus nicht bestritten werden.

wärtigen Literatur zu erörtern und eine Feststellung jenes vielumstrittenen Begriffes durch Abgrenzung von dem, mit ihm vielfach identifizierten Normbegriff zu versuchen.

Zweites Kapitel.

Norm und Rechtssatz.

I.

„Unsere staatsrechtliche Terminologie ist leider eine zuchtlose und willkürliche. Sie läßt sich an Bestimmtheit und Gemeingültigkeit nicht entfernt messen mit der für das Privatrecht ausgebildeten Terminologie. Die Worte „Gesetz" und „Gesetzgebung", „Verwaltung" und die damit zusammengesetzten Bezeichnungen „Verfassung", „Regierung", „Vollziehung", obgleich sie doch alle den Anspruch erheben, Grundbegriffe zu sein, werden in einem verschiedenen Sinne gebraucht, je nach dem verschiedeneu Standpunkte der Schriftsteller, ja, je nach dem verschiedenen Zusammenhange bei demselben Schriftsteller". Dieser beredten Klage Haenel's [13]) wird Jeder, der die staatsrechtliche Literatur auch nur oberflächlich kennt, beistimmen, und dürfte gerade der im Folgenden zu behandelnde Gegenstand ein Beispiel für die Berechtigung jener Klagen sein.

Daß nun, wie zweifellos zugegeben werden muß, das Staatsrecht gegen das Privatrecht in Hinsicht auf die klare und sichere Ausbildung der Terminologie so bedeutend zurücksteht, dies scheint sich aus zwei Hauptgründen zu erklären.

Einmal darf man nicht vergessen, daß das Staatsrecht als Teil der Rechtswissenschaft eine weit jüngere Disziplin ist, wie die Privatrechtslehre[14]). Wie lange ist es denn her, daß man staatsrechtliche Fragen überhaupt juristisch, rechtswissenschaftlich im strengen Sinne behandelt?

Die historisch-politische, mehr staatswissenschaftliche als staatsrechtliche Behandlung dieser Materie ist erst in neuerer und neuester Zeit einer wirklich juristischen Methode gewichen, welche eine Dogmatik der positiven Rechtsphänomene bieten will. Es dürfte nicht zu weit gegangen sein,

---

[13]) a. a. O. S. 116.

[14]) Vgl. Laband, Vorrede zum „Staatsrecht", 1. Auflage am Schluß. Den kritischen und methodologischen Bemerkungen Laband's in dieser Vorrede ist m. E. vollkommen beizupflichten.

wenn man **Laband's** Werk als die erste streng juristische Gesamtdarstellung des Deutschen Staatsrechts bezeichnet.

Laband's Verdienste auf diesem Gebiete sind allgemein bekannt und gewürdigt, sie bedürfen daher keineswegs einer nochmaligen Hervorhebung.

Wenn nun, um auf unsern Gegenstand zurückzukommen, das Staatsrecht sich nicht zu scheuen braucht, in terminologischer Beziehung von seiner „reiferen Schwester", der Privatrechtswissenschaft, zu lernen, so erklärt sich dieses Zurückstehen der ersteren Wissenschaft zweitens aus folgendem Umstande: Man vergegenwärtige sich, daß man bei der Diskussion der meisten staatsrechtlichen Streitfragen fortwährend auf allgemeine Begriffe stößt, für welche sich im Privatrechte nichts Analoges findet, und welche zum Teil überhaupt nicht mehr dem Staatsrechte und seiner Wissenschaft, sondern der allgemeinen Staatslehre, der Soziologie, Politik, Psychologie u. s. w. angehören.

Das Staatsrecht ist ein Teil der Rechtswissenschaft, aber es behandelt — sit venia verbo — ein Recht höherer Ordnung als das Privatrecht; die wissenschaftlichen Mittel der Privatrechtswissenschaft reichen zur Lösung der meisten staatsrechtlichen Probleme nicht mehr aus; die Unsicherheit der staatsrechtlichen Terminologie erklärt sich, wenn nicht ganz, so doch zum Teil daraus, daß einerseits erfolglos versucht wird, nicht juristische Grundbegriffe in rechtswissenschaftliche Kategorien zu zwängen, und andererseits mit Erzielung ungleicher Resultate die privatrechtliche Terminologie auf spezifische **staatsrechtliche** Erscheinungen angewendet wird.

Es wird im Folgenden versucht werden zu zeigen, daß auch der Begriff des **Rechtssatzes**, ein Begriff, der, wie oben erörtert, für die Lösung des hier zu behandelnden Problems von entscheidender Wichtigkeit ist, ein Beispiel für die schwankende, oder, wie **Haenel** in nicht mißverständlicher Weise sagt: „zuchtlose" Terminologie bildet.

II.

Die gegenwärtige Theorie versteht zunächst unter „**Rechtssatz**" das Produkt eines **Rechtssetzungsaktes**, unter Rechtssetzung aber diejenige Funktion der Staatsgewalt[15]), welcher der Erlaß von Normen des objektiven Rechts zusteht und obliegt.

---

[15]) Bezüglich der vom Staate nicht ausgehenden Bestandteile des objektiven Rechtes, vgl. oben N. 1.

Doch beschränkt sich der Rechtssatzbegriff nicht bloß auf diejenigen „Sätze", welche der Form nach dem objektiven Rechte angehören, welche inhaltlich und grammatisch Teile der positiven Gesetzgebung bilden[16]). Dyroff (a. a. O. S. 6 ff.) führt in diesem Zusammenhange den neuen Begriff der Rechtssatzung ein und versteht hierunter „nicht das Rechtsgebot in einer Erscheinungsform, sondern das Rechtsgebot in seiner Erscheinungsform", „das so und nicht anders in die Erscheinung getretene Rechtsgebot". Er behauptet von diesem Begriff, er sei für die Doktrin „ein viel handlicheres Werkzeug als der Begriff des materiellen Gesetzes, wie es von Laband, Seligmann u. A. aufgestellt wird" (a. a. O. S. 8). Unter „Rechtssatz" zum Unterschiede von „Rechtssatzung" will der genannte Autor jedoch jeden Satz verstanden wissen, welcher seinem Inhalte, wenn auch nicht einer Form nach der jeweiligen Rechtsordnung angehört.

Meines Erachtens ist mit dieser Distinktion Dyroff's nicht viel gewonnen. Die Schwierigkeit, welche in der Abgrenzung des Rechtssatzbegriffes und damit des Gesetzes liegt, ist nicht durch die leicht zu gewinnende und wertlose Erkenntnis gehoben, daß mit dem Worte „Rechtssatz" bisher sowohl der Wortlaut einer vom Staate erlassenen Rechtsvorschrift (eines materiellen Gesetzes) als auch ein aus dem Wortlaute solcher Rechtssätze gefolgerter „theoretischer" Rechtssatz, ein „Dogma" in diesem Sinne, bezeichnet wurde.

Die Lösung des in Rede stehenden Problems kann vielmehr nur von der Erkenntnis des Wesens der staatlichen Rechtssetzungsfunktion und ihrer objektiven und subjektiven Merkmale erhofft werden.

Die Abgrenzung der letzteren Funktion von der Verwaltungsfunktion zählt Dyroff (S. 24, Anm.) mit Recht zu den „schwierigen Streitfragen", begnügt sich aber damit, dies zu konstatieren.

Was nun die Fassungen des Rechtssatzbegriffes selbst in der gegenwärtigen Situation des Staatsrechts[17]) betrifft, so ist zunächst diejenige Gruppe

---

[16]) Vgl. Haenel S. 117, woselbst eine richtige aber überflüssige Unterscheidung zwischen theoretischen und praktischen Rechtssätzen gemacht wird; unter den letzteren versteht Haenel den Wortlaut der materiellen Gesetze. — Auch Laband, — S. 516 Anm. 2 — hat den „Doppelsinn des Wortes Rechtssatz, welches sowohl einen Satz des geltenden Rechtes als einen Satz von juristischem Inhalte bezeichnet" — richtig erkannt.

[17]) Nur diese Literatur in dem oben N. 6. 7 angegebenen Umfang bildet den Gegenstand unserer Betrachtung. Die rechtsphilosophische und anderweite Literatur, soweit sie sich mit dem Begriffe „objektives Recht", „Rechtssatz" und „Rechtsnorm" beschäftigt, bleibt hier außer Betracht.

von Schriftstellern zu betrachten, welche der Theorie vom Gesetz im formellen und materiellen Sinne prinzipiell ablehnend gegenübersteht und in allen formellgesetzlichen Anordnungen, ja zum Teil sogar in allen Produkten der Staatswillensäußerung überhaupt Rechtssätze erblickt und solchergestalt alle befehlende Thätigkeit des Gesetzgebers oder gar des Staates in dem Begriff der Rechtssetzung zusammenfaßt.

Aus dem Kreise dieser Autoren ist zunächst Zorn hervorzuheben[18]), welcher unter ihnen den extremsten Standpunkt einnimmt.

Folgende Sätze dieses Schriftstellers seien als besonders bezeichnend für seine wissenschaftliche Stellung hier wiedergegeben:

„Die Vorschriften, welche von Seiten der Staatsgewalt in imperativer Form gegeben und deren Durchführung eventuell durch Zwangsmittel gesichert ist, bilden das Recht. Der Wille, den der Staat ..... geltend zu machen berufen ist, in verfassungsmäßiger Form entstanden und den Beteiligten zur Kenntnis gebracht, ist das Recht.“[19])

„Gesetz und Verordnung sind nur Formen für die Rechtsbildung um eine Rechtsvorschrift muß es sich begrifflich bei jedem Gesetz und bei jeder Verordnung handeln.“[20])

„Die Anordnung einer Rechtsregel ist in jedem Falle das A und das O eines Gesetzes.“[21])

„Der Rechtssatz ist der Imperativ, welchen der Staat an seine Unterthanen richtet und mit Zwang schützt.“[22])

Wie ersichtlich, indifferenziert die Theorie, welche diese Sätze behauptet, alle Staatsfunktionen — und nicht nur die befehlenden, vgl. den ersten der zitierten Sätze: „der Wille ..... ist das Recht“ — in dem Begriff der Rechtssetzung. (Rechtsbildung wie Zorn sagt.)

Die Begriffe der Rechtssprechung und Verwaltung, namentlich der letztere, von der modernen Staatsrechtswissenschaft unter so großen Schwierigkeiten festgestellte Begriff, erscheinen als unnötig, unfruchtbar, jedenfalls als

---

18) S. die oben N. 7 zitierten Schriften Zorn's.

19) Staatsrecht I, S. 99.

20) daselbst, S. 106.

21) Ztschr. f. d. ges. Staatswissenschaft, Nr. 36 (1880) S. 11, Anm. 3.

22) daselbst S. 6. Diese Stelle ist insofern unklar, als in ihr auf einmal nur an die Unterthanen, nicht z. B. an die Behörden gerichtete Befehle als Rechtssätze bezeichnet werden. Man geht aber wohl nicht fehl, wenn man den Sinn dieser Stelle so auffaßt, daß sie die an Behörden erlassenen Dienstbefehle ebenfalls als an Unterthanen, nämlich an Willenssubjekte, die der Staatsgewalt unterthan sind, erlassene Normen, also als Rechtssätze bezeichnen will.

juristisch irrelevant, da nach Zorn's Ansicht das einzig juristisch Interessierende an den Staatswillensäußerungen ihre Form ist, während ihr Inhalt sich für den juristischen Betrachter gleichmäßig als objektives Recht darstellt.

Die Form der Rechtssätze im konstitutionellen Staate ist nach Zorn's Theorie in nur zwei Typen ausgeprägt: Gesetz und Verordnung. Beide Formen sind Willenserklärungen des Souveräns, aber das Gesetz mit, die Verordnung ohne Beteiligung der Volksvertretung erlassen. Urteile sind „Ausführungsverordnungen" (sic) zum objektiven Recht, aber, als Staatswillenserklärungen, selbst Rechtssätze.

Man vergegenwärtige sich die Konsequenzen dieser Theorie, welche dem Staat die Fähigkeit, jemals etwas anderes als „Recht" zu schaffen, schlechthin abspricht! Jede beliebige Verfügung, jedes Reglement, jedes militärische Kommandowort, die Anweisung des Chefs einer Behörde an den Amtsdiener, das Amtslokal zu heizen, die Aufforderung des Schutzmannes an das Publikum, dies oder das zu thun, — alles enthält Rechtssätze, gerade so wie die Verfassung und das Strafgesetzbuch Rechtssätze enthalten; einen Unterschied zwischen diesen und den erstgenannten Gruppen von Rechtssätzen findet Zorn nur darin, daß Strafgesetzbuch und Verfassung die Form des Gesetzes einhalten, die Dienstanweisung u. s. w. aber nicht. Der Staat ist doch eine Person im Rechtssinne, wie Zorn nicht leugnen wird, aber während sich die Willensakte sämtlicher übrigen Personen juristisch vollkommen verschieden qualifizieren, — schon nach dem Gesichtspunkte der Trennung des rechtlich Relevanten und rechtlich Irrelevanten — kann der Staat nur objektives Recht schaffen, schlechthin nichts rechtlich davon Verschiedenes, z. B. etwas rechtlich Irrelevantes zum Gegenstande seiner Thätigkeit machen.

Und doch, mag man eine Theorie, welche, wie ersichtlich, alle charakteristischen Unterschiede zwischen Gesetz, Verordnung, Verfügung, Urteil verwischt und das wichtigste Problem des konstitutionellen Staatsrechts: die Grenzziehung zwischen Gesetzgebung und Verordnungsgewalt mit den Worten zu lösen glaubt: „Für die Abgrenzung der Sphäre von Gesetz und Verordnung läßt sich ein neuerer Gesichtspunkt nicht feststellen. Die Entscheidung dieser Frage fällt nicht dem Recht, sondern der Gesetzgebungspolitik zu"[23]), — mag man eine solche Theorie wissenschaftlich wertlos und unhaltbar finden; — von einem Gesichtspunkte aus betrachtet ist sie unangreifbar: Zorn nennt

---

[23]) Zorn, I, S. 122. — Ein Schriftsteller (Westerkamp, Über die Reichsverfassung S. 156) erledigt die Entscheidung obiger Frage mit den Worten: „Der Unterschied zwischen Gesetz und Verordnung ist ein etwas unklarer". Zorn selbst zitiert diese Stelle — a. a. O. S. 120, Anm. 33 —, offenbar ironisch.

eben Alles, was der Staat „will", Recht. Er gebraucht das Wort Recht synonym mit „Inhalt des Staatswillens", — kurz in einem ganz neuen und eigenartigen Sinne, — und wird so zum Musterbeispiel für Haenel's Worte[24]: „..... Allein in der Wissenschaft des öffentlichen Rechts hat nun einmal jeder Schriftsteller das angeborene Recht, sich die Terminologie auf eigene Faust, nach seinem Belieben, und nach dem Bedarf seiner dogmatischen Konstruktionen zu bilden. Aber eben darum kann es immer nur darauf ankommen, die Terminologie auf ihren sachlichen Gehalt zurückzuführen und die Richtigkeit dieses zu prüfen."

Eine solche nähere sachliche Prüfung der Zorn'schen Theorie erscheint aber um deswillen nicht geboten, weil diese Theorie bereits mehrfach in der Literatur auf das Schärfste zurückgewiesen und ausführlich widerlegt worden ist.[25])

Nur Eines sei in dieser Beziehung hier bemerkt. Eine Auffassung, welche in jedem Verwaltungsbefehl die Anordnung eines Rechtssatzes sieht, setzt sich in Widerspruch mit der grundlegenden Unterscheidung zwischen objektivem und subjektivem Recht. Denn wie kann ein Akt, den eine Behörde auf Grund eines Gesetzes, d. h. in Ausübung einer ihr durch jenes Gesetz gegebenen Befugnis vornimmt (wir sehen hier ab von dem delegierten Rechtsverordnungsrecht) als Setzung objektiven Rechts angesehen werden?

Ein Willensakt, in welchem sich die Ausübung eines auf Grund des objektiven Rechts zustehenden subjektiven Rechts verkörpert, ist grundsätzlich stets Rechtsausübung und fällt unter die Kategorie „Rechtsgeschäft", — aber nie Rechtssetzung.

Wenn in der Theorie Zorn's eine völlige Indifferenzierung aller Willensäußerungen der Staatsgewalt hervortritt, und demgemäß eine jede solche Willensäußerung als Rechtssatz bezeichnet wird, so gebrauchen zwei andere Autoren, denen wir uns jetzt zuwenden wollen, das Wort „Rechtssatz" bereits in einem andern Sinne.

Wie Zorn, so verwerfen auch v. Martitz und Haenel[26]) den Gegensatz zwischen formellen und materiellen Gesetzen, so zwar, daß sie nicht wie Zorn den Rechtssatzbegriff auf jeden staatlichen Imperativ überhaupt ausdehnen, jedenfalls aber in allen „konstitutionellen" Gesetzen Rechtssätze erblicken.

---

[24]) Haenel, S. 111.

[25]) Vgl. die Ausführungen von Jellinek, S. 233 ff.; Laband, A. f. öff. R. I, S. 179 ff.; Seligmann, S. 14, Anm. 1. 48 ff. — Was Zorn in Hirth's Ann. 1889, S. 344 ff. gegen Jellinek repliziert, ist sachlich nichts Neues.

[26]) v. Martitz, Zeitschr. f. d. gesamte Staatswiss. Bd. 36 S. 207 ff. Haenel S. 100 ff.

Die Abhandlung v. Martitz' blieb lange alleinstehend; erst in Haenel's Buch wird wieder der gleiche wissenschaftliche Standpunkt vertreten und verfochten, — mit teilweise abweichender, jedenfalls aber mit weit ausführlicherer und eingehenderer Begründung.

Jedenfalls stimmen aber beide Autoren bezüglich ihrer Ergebnisse überein, die bei Beiden in der Behauptung gipfeln, jedes konstitutionelle Gesetz enthalte einen Rechtssatz. Erwägt man nun, welche legislatorischen Erscheinungen des konstitutionellen Staates zur Aufstellung der Lehre vom formellen Gesetz geführt haben, Erscheinungen, welche in der vorkonstitutionellen Aera gewiß niemand für Rechtssätze gehalten haben würde, vielmehr — wie z. B. die Aufstellung des Staatshaushaltsplanes — für Verwaltungsakte, welche aber laut Verfassungsbestimmung im neuen Staat der Gesetzesform zu ihrer Gültigkeit bedürfen, so steht jedenfalls das Eine fest, daß man, will man diese der Erledigung im Gesetzgebungswege zugewiesenen Verwaltungsmaßnahmen als Rechtssätze auffassen, den Begriff des Rechtssatzes abändern, und zwar erweitern muß, da ja nach dieser Theorie alles, was Inhalt eines formellen Gesetzes ist und sein wird, zum objektiven Recht gehört.

Es kommt also wiederum Alles auf die begriffliche Fassung des „Rechtssatzes" an.

Betrachten wir nun die Ausführungen v. Martitz' nach dieser Richtung hin, so vermissen wir zunächst eine ausdrückliche Definition jenes Begriffes. v. Martitz sagt wohl[27]: „Das Gesetz ist, was auch sein Inhalt sein möge, unter allen Umständen objektives Recht, ist eine Rechtsregel" und[28]: „Ich glaube, das naive Rechtsgefühl trifft den Nagel auf den Kopf, wenn es im Gesetz, und in jedem Gesetz, sein Inhalt sei, welcher er wolle, Landesrecht anerkennt und anerkannt wissen will."

Eine Definition aber, welche Antwort gäbe auf die Frage: Was ist ein Rechtssatz? findet sich nirgends. Dabei ist nicht einzuwenden, eine solche Definition sei durch die Definition des konstitutionellen Gesetzes gegeben, etwa so: Rechtssatz ist derjenige Staatswillensakt, der sich in die Form des Gesetzes kleidet. Dies wäre unrichtig, denn v. Martitz kennt außer den gesetzgebenden Organen noch andere rechtschaffende Potenzen im Staate[29]), deren Willensäußerungen also doch, trotz der anderen formellen Beschaffenheit, inhaltlich und materiell den Gesetzen gleichen müssen, eben weil sie Rechtssätze sind.

Aber eine Abgrenzung des materiellen Gesetzesbegriffs ist von v. Martitz

---

27) a. a. O. S. 250. 28) S. 247.

29) Vgl. S. 248: „Es ist ja keineswegs der Beruf der Gesetzgebung ..... die Rechtsbildung im Lande zu monopolisieren".

nicht gegeben worden, wenn sich auch die Stellung, welche der Verfasser zu jenem Begriff einnimmt, aus dem Gesamtinhalt seiner Ausführungen ergiebt.

v. Martitz gleicht darin Zorn, daß er wie jener (vgl. oben S. 14 ff.) bei den Staatswillensakten überhaupt, so bei den Akten der Gesetzgebung im formellen Sinne nicht nach dem Inhalt der Bestimmungen fragt. „Rechtssatz", „Rechtsregel" ist ihm gleichbedeutend mit Staatswille, welcher — zum Unterschiede von Verwaltungsvorschriften und Dienstbefehlen — auch die Regierung bindet, auch für sie „unverbrüchlich" ist.

Diese „Unverbrüchlichkeit" der Gesetze ist nun aber, soweit darunter die Unabänderlichkeit durch administrative Maßnahmen verstanden wird und werden soll, lediglich eine Folge der Gesetzesform, der Ausstattung mit formeller Gesetzeskraft. Letzteres Moment ist aber wiederum kein Essentiale des Rechtssatzbegriffs, denn es giebt Rechtssätze in Verordnungsform, welche weder formelle Gesetzeskraft besitzen noch für die Regierung „unverbrüchlich" sind.

Der Begriff der Unverbrüchlichkeit ist überhaupt von v. Martitz insofern nicht völlig klargestellt, als er offenbar verschiedene Grade der Unverbrüchlichkeit kennt. Rechtsnormen niederer Ordnung haben auch eine geringere Unverbrüchlichkeit.[30]) „Nur das Gesetz vermag Recht von jener Unverbrüchlichkeit zu schaffen, welche der Idee des Rechts adäquat ist."[31]) Damit ist ganz unzweifelhaft die Existenz von Recht geringerer Unverbrüchlichkeit anerkannt, wobei etwa an Verordnungen des Monarchen, der Behörden, an Ortsstatuten, autonomische Satzungen u. s. w. zu denken.

Ist aber demnach die „Unverbrüchlichkeit" wirklich noch als Essentiale des Gesetzesinhalts festzuhalten und läßt sie sich nicht zurückführen auf Momente, welche lediglich aus dem Charakter der gesetzlichen Form entspringen?

Müssen wir somit konstatieren, daß das von v. Martitz aufgestellte Merkmal der „Unverbrüchlichkeit", was auch der genannte Autor darunter verstanden wissen will, einer aufmerksamen kritischen Betrachtung nicht Stand hält, so entsteht die weitere Frage, was sich hinsichtlich der Stellung des Autors zum Rechtssatzbegriff im übrigen ergiebt.

v. Martitz' Erwägungen dürften doch schließlich auf eine der Zorn'schen, wenn nicht gleiche, so doch nahestehende Auffassung hinauslaufen, eine Auffassung, welche etwa so zu formulieren wäre: „Alles, was der Staat bindend vorschreibt, ist „Recht" im objektiven Sinne. Gesetzgebung ist identisch mit

---

30) Der Ausdruck „Rechtsnorm niederer Ordnung" findet sich thatsächlich bei v. Martitz: S. 255.

31) S. 248.

Rechtssetzung, denn alle Gesetze sind bindende Vorschriften, allen kommt sogar das Merkmal der „Unverbrüchlichkeit“ zu.“[32])

v. Martitz identifiziert, wie aus seinen Ausführungen folgt, die Begriffe Norm und Rechtssatz, ähnlich wie Zorn, dessen diesbezügliche Begriffsbestimmungen oben zurückgewiesen sind.

Z. B. polemisiert er — S. 241 — gegen Laband's Ansicht, welche dahin geht, ein formelles Gesetz könne sehr wohl mehrere Personen mit einander in Nexus setzen, ohne deshalb ein Bestandteil des objektiven Rechts zu sein. v. Martitz sagt hiergegen: „Gegen diese Deduktion drängt sich sofort die Frage auf: Ist der Begriff des objektiven Rechts überhaupt ein logisch abgeschlossener, eine Kategorie, die nur Normen einer gewissen Beschaffenheit vertrüge?“ —

Hierin liegt offenbar ein Verzicht auf eine inhaltliche Definition der Rechtsnorm und ihrer Unterschiede von Normen anderen Charakters, ein Verzicht, der sich aus v. Martitz' Theorie ganz natürlich ergiebt.

Denn, da ihm „Gesetzgebung“ dasselbe ist wie „Rechtssetzung“, da er kein formelles Gesetz kennt, welches nicht einen Rechtssatz enthielte, da ferner die Gesetzgebung, frei und „souverän“ wie sie ist, Normen jedes Inhalts, Vorschriften jeder Art, wie sie nur immer im Leben des Staats auftreten können, erlassen kann, da, kurz gesagt, nach v. Martitz gesetzter Staatswille und objektives Recht dasselbe ist, so folgt allerdings, daß er nicht Normen von gewisser Beschaffenheit von andern abtrennen und ihnen das Prädikat „Rechtsnormen“ verleihen kann.[33]) Wenn aber Rechtssatz und Norm identische Begriffe sind, wenn sich für ersteren Begriff keine nähere Charakteristik finden

---

[32]) Freilich hat, worauf auch Jellinek S. 233 N. 18 mit Recht aufmerksam macht, v. Martitz die Möglichkeit von Gesetzen ohne normativen Inhalt (vgl. das folgende Kapitel) übersehen, Gesetze, die überhaupt rechtsunverbindlich sind und denen daher „Bindekraft“ und „Unverbrüchlichkeit“ in jedem Sinne mangelt.

Vgl. überhaupt Jellinek, S. 233 ff.

[33]) Vgl. ferner v. Martitz, S. 247, wo ausdrücklich gesagt ist, Gesetz sei „Landesrecht“, d. h. objektives Recht, „sein Inhalt sei, welcher er wolle“, und S. 246: „Die Virtus des Gesetzes wird man auf Gebot, Verbot und Gewährung (d. h. die Eigenschaften jeder Norm, nicht nur der Rechtsnorm!) zu reduzieren haben.“— Man sieht, die v. Martitz'sche Fassung des Rechtssatzbegriffes ist so weit, daß, wenn man sie acceptiert, allerdings jedes Gesetz — abgesehen von den nicht normativen; s. d. vorige Note — einen Rechtssatz enthält; ein neuer Beweis dafür, daß es für die Stellungnahme zur Theorie vom Gesetz im formellen und materiellen Sinne von entscheidender Wichtigkeit ist, wie der Begriff „Rechtssatz“ definiert wird. Je weiter und vager dieser Begriff gefaßt wird, desto geringer wird die Zahl der rein formellen Gesetze, während die positive Gesetzgebung für denjenigen, der dem Rechtssatzbegriff eine enger begrenzte Fassung giebt, von rein formellen Gesetzen zu wimmeln scheint. —

läßt als die der bindenden staatlichen Vorschrift, so ist wiederum nicht einzusehen, warum v. Martitz nicht noch einen Schritt weitergeht, und mit Zorn jeden staatlichen Imperativ für objektives Recht erklärt. Denn namentlich in Verwaltungsakten jeder Art sind Normen enthalten.

Der Begriff der Verwaltung wäre dann freilich, wie schon oben erwähnt wurde, ein Begriff von nur „akademischer" Bedeutung. —

Erkennt man, wie füglich wohl nicht anders möglich, überhaupt die freie Verwaltungsthätigkeit des Staates innerhalb der rechtlichen Schranken als Ausübung subjektiver Befugnisse an und zieht andererseits die tagtäglich auftretende Erscheinung von administrativen Normen, welche nur innerhalb des Verwaltungsorganismus Geltung und Wirkung haben [34]), in Betracht, so wird man sich der zwingenden Konsequenz nicht entziehen können: Es giebt Normen, die ihrem Inhalte und dem Zweck ihrer Erlassung nach zum objektiven Recht nicht gehören.

Auf diesen Punkt wird noch unten zurückzukommen sein.

Im wissenschaftlichen Ergebnis völlig mit v. Martitz zusammentreffend hat Haenel jedoch die Wichtigkeit des Rechtssatzbegriffes klarer erkannt als jener und der Erörterung dieses Begriffes ein eigenes Kapitel seiner Abhandlung gewidmet. [35])

Haenel führt den Begriff des Rechtssatzes zunächst zurück auf den allgemeinen Begriff des objektiven Rechts, welcher seinerseits „einer weiteren Verdeutlichung nicht bedarf." [36])

Das letztere könnte befremdend wirken. Wie, sollte nicht der Diskussion der Frage, ob auch Nicht-Rechtssätze die Form des Gesetzes annehmen können, die Beantwortung der Vorfrage: Was ist ein Rechtssatz? — notwendigerweise vorangehen müssen? Haenel giebt das Letztere ja auch ausdrücklich zu und betont, daß zur Entscheidung der in Rede stehenden Streitfragen ein fester Begriff des Rechtssatzes durchaus nothwendig sei [37]).

Und thatsächlich bleibt der Verfasser denn auch nicht bei der Scheindefinition „Rechtssatz ist ein Satz des objektiven Rechts" stehen, sondern tritt dem

---

[34]) Freilich liefert v. Martitz, was allerdings auch nicht zur unmittelbaren Aufgabe seiner Darstellung gehört, keine Definition des Unterschiedes zwischen Verwaltungs- und Rechtsverordnung. Vgl. S. 256, wo er u. A. Communalsteuerregulative als „Rechtsvorschriften" bezeichnet, ohne zu bedenken, daß es sich bei solchen sehr wohl auch um Verwaltungsvorschriften handeln kann, z. B. sofern sie den inneren Dienst der Steuer behörde, die Bezeichnung der Verkehrsstunden mit dem Publikum, den Steuerhebungsmodus u. s. w. betreffen. S. unten Kap. IV.

[35]) Haenel, S. 116 ff. [36]) S. 119. [37]) S. 115.

ersteren Begriff näher: „Rechtssätze sind Sätze, welche dazu bestimmt sind, an einem vorausgesetzten Thatbestand subjektive Rechte und Pflichten zu begründen, oder mit einem gewissen Thatbestand subjektive Rechte und Pflichten zu verknüpfen . . . . . . Der Rechtssatz ist das Darstellungsmittel des objektiven Rechts. Die Hinzufügung jedes anderen Merkmals, welches den Begriff des Rechtssatzes als des Darstellungsmittels des objektiven Rechts verengert, ist unrichtig und willkürlich.“[38])

Was den letzten dieser beiden Sätze anlangt, so wird seine Richtigkeit sofort zugegeben werden müssen. Gewiß ist der Rechtssatz nicht mehr und nicht weniger als das Darstellungsmittel des objektiven Rechts. Allein es kommt eben auf das Wesen dessen an, was man unter objektivem Recht versteht. Nach den Anfangsworten der eben zitierten Stelle Haenel's zu schließen, versteht er unter objektivem Recht die Summe bezw. den Inbegriff derjenigen Vorschriften, welche dazu bestimmt sind, an einen Thatbestand subjektive Rechte und Pflichten zu knüpfen.

Was heißt nun aber „subjektives Recht“ und „subjektive Pflicht“? Sind es die aus dem objektiven Recht direkt hergeleiteten Befugnisse und Verpflichtungen? In diesem Falle bleibt dann wieder der Begriff „objektives Recht“ zu erklären, und der Zirkel ist geschlossen.

Oder — soll man bei der obigen Definition des objektiven Rechts auch an Rechte und Pflichten denken, welche nicht unmittelbar objektiven Rechtens sind, sondern erst durch das Mittel eines öffentlich-rechtlichen Rechtsgeschäfts, welches eine juristische Thatsache verwirklicht (Anstellung eines Beamten), mit dem objektiven Recht zusammenhängen? (Dienstliche Rechte und Pflichten des Beamten.)

In diesem Falle hätte Haenel wiederum bloß den Begriff „Norm“, nicht den Begriff „Rechtssatz“ definirt.

So scharf der Verfasser auch den Satz des objektiven Rechts scheidet von der Gestaltung eines subjektiven Rechts durch Rechtsgeschäft (vgl. z. B. S. 124), so bleibt doch die Frage unaufgeklärt, ob er nicht doch manche staatliche Anordnungen aus dem Rechtssatzbegriffe unausgeschieden läßt, in denen der Staatswille nicht als rechtsetzende Gewalt, sondern als rechtsausübendes Rechtssubjekt erscheint.

Auch Anordnungen letzterer Art — man denke an die Verwaltungsverordnungen, können an einen Thatbestand Rechte und Pflichten knüpfen: sind es doch Normen, so gut wie andere. Aber sie können nicht als Rechtsnormen, nicht als Bestandtheile des objektiven Rechts bezeichnet werden.

---

38) S. 122, 124.

Daraus nun, daß Haenel Anordnungen dieser Art, mindestens, sofern sie in Gesetzesform auftreten, prinzipiell für Rechtssätze erklärt[39]), erhellt, daß schließlich doch auch bei diesem Verfasser das Hauptgewicht bei der Definition von „Recht" und „Rechtssatz" in der Betonung der zwingenden Willensbestimmung, in dem „Hiernach sollt Ihr Euch richten" (vgl. S. 120) liegt.

Mit anderen Worten, das Moment der Norm, welches einen, aber nicht den einzigen, Bestandteil des Rechtssatzbegriffes bildet, wird auch von Haenel als das allein ausschlaggebende Merkmal des Rechtssatzes bezeichnet, und andererseits die formelle Gesetzeskraft der gesetzlichen Rechtsnormen als eine Eigenschaft und Folge nicht der Form, sondern des Inhalts des Gesetzes angesehen. Denn so und nicht anders ist wohl das zu verstehen, was Haenel (S. 120) über die „machtvolle Realität" der Rechtssatzungen sagt. Man wird dabei lebhaft an die oben besprochene v. Martitz'sche „Unverbrüchlichkeit" erinnert.

Auf Grund aber der Annahme: „Norm ist gleich Rechtssatz" dürfte das Postulat: Jedes formelle Gesetz enthält die Anordnung eines Rechtssatzes, unschwer zu erweisen sein. Handelt es sich doch nur darum, in dem Gesetze das Normierende, Anordnende, nach Befinden Ermächtigende nachzuweisen; der Nachweis dieser objektiven Eigenschaften genügt ja nach Haenel, v. Martitz und Zorn, um anzunehmen: Es liegt ein Rechtssatz vor.

Wie sich andererseits Haenel mit den schon öfter angedeuteten Gesetzen ohne normativen Inhalt abfindet[40]), darüber s. unten Kap. III. S. 41 ff.

Eine Beurteilung der von Haenel im Einzelnen aufgestellten Ansichten kann indessen nicht hier im Rahmen dieser allgemeinen Betrachtungen erfolgen, sondern soll in den beiden nächsten Kapiteln an der Hand der positiv-rechtlichen Erscheinungen versucht werden.

Die in ihrer Stellung zum Rechtssatzbegriff bisher besprochenen Autoren hatten das Gemeinsame, daß sie, den Begriff des formellen Gesetzes überhaupt verwerfend, in jeder gesetzlichen Bestimmung einen „Rechtssatz" sahen.

Diese letztere Annahme ergiebt sich, wie wir sahen, aus der zu weiten und man möchte sagen, farblosen Begriffsbestimmung des Rechtssatzes.

Auch die Gesetzestheorie G. Meyer's, zu deren Betrachtung wir nun gelangen, charakterisiert sich durch die prinzipielle Stellung dieses Verfassers zum Rechtssatzbegriff.

---

[39]) Vgl. das in breiter Ausführung gegen Laband und Jellinek Dargelegte, S. 177 ff. Das Nähere s. unten Kap. IV.

[40]) Vgl. S. 168 ff. S. darüber neuestens Dyroff a. a. O. S. 23 Anm. 4.

G. Meyer sieht — das ist das Eigentümliche seiner Auffassung — vor Allem als Essentiale des Rechtssatzes an die Allgemeinheit der getroffenen Anordnung[41]).

Diese Ansicht war noch in neuerer Zeit weit verbreitet, — noch Seligmann bezeichnet sie (1886) als von der Mehrzahl der Rechtslehrer vertreten (a. a. O. S. 62) — ist indessen neuestens von den verschiedensten Seiten lebhaft angegriffen und gründlich widerlegt worden, so daß das Dogma von der Allgemeinheit der Rechtsvorschriften als überwunden bezeichnet werden kann[42]).

Zur Kennzeichnung der G. Meyer'schen Rechtssatztheorie seien folgende Stellen aus seinen Schriften angeführt:

„Zum Begriff des Rechtssatzes gehört, daß er eine allgemeine Regel aufstellt. Die Regelung konkreter Thatbestände ist nicht Aufstellung von Rechtssätzen, sondern Ordnung von Rechtsverhältnissen. Die Gesetzgebung äußert sich in der Anordnung allgemeiner Normen (Rechtssätze), während die Verwaltung im Gegensatz hierzu alle Staatsthätigkeit ist, welche konkrete Angelegenheiten regelt.“[43])

„Der Gegensatz zum Gesetz ist nicht das Rechtsgeschäft, sondern die Verfügung. Das Wesen der Verfügung liegt ..... in der Regelung individueller Thatbestände.“[44])

Diese Theorie, welche darauf beruht, daß eine Staatswillenserklärung, welche einen individuellen Thatbestand regelt, stets zur Verwaltungs- und nie zur Rechtssetzungsfunktion der Staatsgewalt gehöre, sucht G. Meyer zunächst damit zu begründen, daß er sich auf den Sprachgebrauch beruft, welcher von jeher dahin gegangen sei, unter „Gesetz“ eine allgemeine Vorschrift zu verstehen[45]).

---

[41]) G. Meyer, Staatsrecht, 1. Aufl. S. 12 und Anm. 1, 2. Aufl. S. 17. Derselbe, bei Grünhut Bd. VIII S. 15 ff. Ebenso: Seligmann S. 61 ff., H. Schulze, Dtsch. Stsr. I, S. 517 f. (Dieser Autor hat indessen in der neuesten Auflage seines Preußischen Staatsrechts die G. Meyer'sche Theorie verlassen, vgl. daselbst, Bd. II S. 4 Anm. 2.) Ferner: Jhering, Zweck im Recht, I S. 339 ff. Vgl. auch die bei Seligmann, S. 62 Anm. 3, angeführte Literatur.

[42]) Gegen dieses Dogma: Laband, I S. 513, — Derselbe, Budgetrecht S. 3, Jellinek S. 236 ff. 257 ff., Haenel S. 124 ff., Dyroff S. 10, H. v. Schulze-Gävernitz, Preuß. Stsr., 2. Aufl. II S. 4, 5 (vgl. die vorige Note), Loening S. 226, Stobbe, Deutsches Priv.-Recht, 2. Aufl. S. 123, Seydel, Bayer. Stsr., III S. 547, Rosin, Polizeiverordnungsrecht, S. 5 ff., Thon, A. f. öff. R., Bd. V S. 149 ff.

[43]) G. Meyer, (1. Aufl.) S. 12.

[44]) Grünhut, Bd. VIII S. 15.

[45]) S. die massenhaften Zitate bei Grünhut a. a. O. S. 15 ff. — Seligmann

Ferner macht er geltend, die Regelung individuell-konkreter Thatbestände sei ihrem Wesen nach so völlig verschieden von der Anordnung allgemein-abstrakter Normen, daß es nicht angängig sei, für beide Arten der Staatsthätigkeit die zusammenfassende Kategorie der Rechtssetzung in Anwendung zu bringen.

Die Ausführungen G. Meyer's, welche den Sprachgebrauch als Argument heranziehen, sind nicht beweiskräftig. Selbst wenn die von G. Meyer zahlreich angeführten Zitate aus Schriften alter und neuer Zeit wirklich für den erwähnten Sprachgebrauch Beweis erbrächten, — daß dies nicht der Fall ist, beweisen die von Haenel S. 126 zitierten Stellen, wonach auch der dem G. Meyer'schen entgegengesetzte Sprachgebrauch vielfach selbst in älterer Zeit üblich war — so würde doch die Thatsache dieses Sprachgebrauchs nicht die Aufgabe der selbständigen theoretischen Prüfung der dem Sprachgebrauch zu Grunde liegenden Ansicht als erledigt erscheinen lassen.

Im übrigen darf in dieser Beziehung auf Haenel, S. 125 ff. verwiesen werden.

Die Unrichtigkeit der in Rede stehenden Theorie ergiebt sich indessen schon aus einer kurzen Betrachtung über das Wesen und den Zweck der staatlichen Rechtssetzungsfunktion.

Der Staat, die über den Willenssphären der Einzelnen bestehende Gesamtpersönlichkeit, befiehlt und gewährt, indem er die natürliche, auf dem Rechte des Stärkeren beruhende Ungleichheit der einzelnen Willenswirkungen aufhebt und nicht diese Ungleichheit, sondern die durch Unterstützung des Schwachen durch das Recht bewirkte Ausgleichung der natürlichen Gegensätze, kurz die „Gerechtigkeit" als zweckmäßig anerkennt.

Und indem er den Verkehr der Einzelnen unter einander und mit dem Staate unter bestimmte Regeln stellt, und deren Einhaltung nur seine Macht schützt, folgt er der Erkenntnis, daß in diesem Verkehr der Rechtsgenossen viele gleichartige Thatbestände des wirtschaftlichen und sozialen Lebens sich so oft wiederholen, daß es möglich wird und angezeigt erscheint, diese Thatbestände samt den sich daran knüpfenden Rechtsfolgen als abstrakte zu regeln, in der Voraussetzung, daß sie sich noch oft in der Zukunft wiederholen werden.

---

wiederholt dieses Argument und führt (a. a. O. S. 64) zur Begründung der von ihm adoptierten G. Meyer'schen Theorie weiter an, daß, auch abgesehen von Recht, „auf allen übrigen Gebieten, wohin wir blicken, im Bereiche der Natur, Moral, der Logik, das Gesetz als abstrakter Begriff gedacht wird". — Hiergegen ist einzuwenden, daß das ethische, logische, vollends das Naturgesetz mit dem juristischen Gesetzesbegriffe nichts zu thun haben, Analogieschlüsse von dem einen auf den andern Gesetzesbegriff daher unzulässig sind. Dies betont auch Jellinek, S. 228 Anm. 4. Vgl. überhaupt des Letzteren interessante Ausführungen über das Verhältnis der Norm zum Naturgesetz; S. 226 ff.

Diese Thatbestände, die „konstanten Typen" Jellinek's[46]), bilden die Regel im sozialen Zusammenleben der Einzelnen, daher auch der Rechtssatz in der Regel allgemein und abstrakt gefaßt sein muß.

Wie aber, wenn ein Thatbestand auftritt, der noch nicht rechtlich normiert, auch seiner Eigenart nach singulär ist, sodaß die Regelung durch ein abstraktes Gebot, unter welches er zu subsumieren wäre, nicht angezeigt erscheint, vielmehr seine Normierung mittelst Individualgebot ausreichend erfolgen kann? Oder es tritt der Fall auf, daß es der staatlichen Zweckthätigkeit entspricht, einen Thatbestand nicht unter die allgemeine Regel zu subsumieren, sondern eine „Ausnahme" vom Gesetz zu machen? (Dispensationen, Privilegien.)

Es ist nicht einzusehen, warum die zweifellos rechtssetzende Thätigkeit des Staates in solchen Fällen so vollkommen verschieden sein soll von der Regelung abstrakter Thatbestände durch allgemeine Rechtsnormen.

Jellinek bemerkt in einem ähnlichen Zusammenhange sehr treffend, es sei theoretisch sehr wohl denkbar, daß ein Staat, auf die Regelung abstrakter Thatbestände verzichtend, die Rechte und Pflichten der Einzelnen und des Staates in jedem Einzelfall der wechselseitigen Berührung der Willenssphären durch Individualgebot regele, ein Staat, dessen Rechtsordnung also aus lauter Individualgeboten bestehen würde;[47]) der aber, fügen wir hinzu, deshalb kein Staat ohne Recht sein würde.

Nach G. Meyer freilich würde ein solcher Staat aller Rechtsordnung bar sein, da die subjektiven Rechte und Pflichten im Bedürfnisfalle durch Verfügung, also „im Verwaltungswege" festgesetzt würden. Und in der That, faßt man den Begriff des Verwaltungsaktes so weit, daß man ihn überhaupt als „Willensakt der staatlichen Zweckthätigkeit" definiert, so geht alle Staatsthätigkeit unterschiedslos in diesem Verwaltungsbegriff im weiteren Sinne auf, denn es giebt schlechterdings keine staatliche Willensäußerung, die sich nicht auf den Zweckgedanken zurückführen ließe.[48])

Auch der Erlaß des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich würde ein Verwaltungsakt in diesem Sinne sein, kein Akt der Rechtssetzung. Man würde bei so vager Fassung des Verwaltungsbegriffes, wie ersichtlich, zu ganz wertlosen Resultaten gelangen; ein interessantes Gegenbild zum „Rechtsstaate" Zorn's: der reine „Verwaltungsstaat".

---

[46]) Vgl. Jellinek, S. 238.

[47]) Jellinek, S. 238.

[48]) a. a. Seligmann, S. 58, Anm. 1, woselbst für die Akte der Gesetzgebung zwei Gesichtspunkte als maßgebend hingestellt sind: Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit. Seligmann übersieht, daß das „Gerechte" nur eine Erscheinungsform des „Zweckes im Recht" ist und durch das Zweckprinzip vollkommen erklärt wird.

Vielmehr ist daran festzuhalten, daß diejenigen Normen, welche dem staatlichen Zwecke als Abgrenzung der Willenssphären dienen, als Rechtssätze zu bezeichnen sind, gleichviel ob sie individuell oder allgemein gefaßt sind.

In diesem Zweckmoment, nicht in dem äußeren Umstande der konkreten oder abstrakten Fassung beruht der begriffliche Unterschied der Gesetzgebungs- und Verwaltungsakte. Es ist also irrig, wenn Seligmann S. 64 bemerkt, die Grenze zwischen den beiden Staatsfunktionen würde materiell unbestimmbar, wenn man in Anordnungen für den individuellen Fall Rechtssätze erblickt.

Das Wesentliche des Gesetzes im materiellen Sinne ist also nicht die Allgemeinheit, so wenig es für den Verwaltungsakt essentiell ist, daß er nur einen konkreten Fall regelt.

Denn es giebt Verwaltungsverordnungen, Generalverfügungen, welche so allgemein gehalten sind, wie nur irgend ein Gesetz. Solche Verwaltungsverordnungen würden deshalb freilich, wenn man G. Meyer folgt, für Rechtsvorschriften zu halten sein, obgleich sie doch ganz offenbar Akte der Ausübung eines subjektiven Rechts, nämlich der der Regierung gesetzlich zustehenden Verwaltungsbefugnis sind.

Seligmann, der sonst ganz auf G. Meyer's Standpunkt steht, bemerkt hinsichtlich der Erscheinungen letzterer Art in einer nahezu unverständlichen Inkonsequenz: „Die Verwaltung im Sinne der hierarchischen Leitung derselben kann sich auch in abstrakten Normen äußern",[49]) während er doch eben die Beschränkung auf den konkreten Fall als das Essentiale des Verwaltungsaktes hingestellt hat.

Um die Betrachtungen über die in Rede stehende Theorie zusammenzufassen: Die Bestimmung des Rechtssatzbegriffes als diejenige staatliche Anordnung, welche abstrakte Thatbestände im Voraus normiert, ist unrichtig und willkürlich. Sie steht auch mit dem Wesen positivrechtlicher Erscheinungen in Widerspruch, insofern die Phänomene der Verwaltungsverordnung und des rechtlichen Individualgebotes eine ausreichende und befriedigende Erklärung durch diese Theorie nicht finden.

Die Betrachtung einer ferneren Gruppe von Schriftstellern und zwar derjenigen Gruppe, welche als die Hauptvertreter der Theorie vom Gesetz im formellen und materiellen Sinne anzusehen sind, führt zunächst zur Erörterung der in Laband's Schriften[50]) hervortretenden Rechtssatztheorie.

---

[49]) Seligmann, S. 68.

[50]) Angeführt oben S. 5, 6.

Laband giebt nun, wie zunächst zu bemerken ist, trotzdem der Fassung seiner Theorie nach auf den Rechtssatzbegriff das entscheidende Gewicht fällt, eine Definition dieses Begriffes expressis verbis nicht. Dieser Umstand ist bereits von G. Meyer[51]) moniert und Haenel wiederholt dieses Monitum.[52])

Nun, wenn Laband auch eine ausdrückliche Definition des Rechtssatzes vermissen läßt, so kann doch aus mehreren Stellen seiner Werke auf seine Stellung zu diesem Grundbegriff geschlossen werden.

Solche Stellen sind z. B. folgende:

„Zum Begriff des Gesetzes im materiellen Sinne gehört, daß dasselbe einen Rechtssatz aufstellt, aber nicht, daß dieser Rechtssatz eine allgemeine Regel enthält, welche auf viele, oder auch nur auf eine unbestimmte Anzahl von Fällen anwendbar ist" (Staatsrecht I S. 513).

„Das Recht besteht in der Abgrenzung der Befugnisse und Pflichten der einzelnen Subjekte gegeneinander. Es setzt seinem Wesen nach eine Mehrheit von Willensträgern voraus, die miteinander kollidieren können; die Rechtsordnung ist eine Macht über dem Einzelnen."

„Verhaltungsmaßregeln, die ein Einzelner sich selbst giebt, können niemals Rechtsvorschriften sein."

„Nur insoweit die Willenssphäre eines Subjektes durch Gebote, Verbote, Gewährungen gegen fremde Willenssphären abgegrenzt ist, und soweit ein Anspruch, eine Verpflichtung, ein Schutz gegen Eingriffe oder gegen Widerstand Andern gegenüber begründet ist, waltet die Rechtsordnung."

(a. a. O. S. 679. 680).

Der letztangeführte Satz findet dann seine Fortsetzung in Betrachtungen, dahingehend, daß der Staat als handelnde Persönlichkeit, die Verwaltung als „Rechtssubjekt" anzusehen sei, welches, wie die übrigen Rechtssubjekte, seine Befugnisse aus dem objektiven Recht herleitet, unter demselben steht und die Abgrenzung seiner Willenssphären gegen die Willenssphären der Einzelnen durch Rechtssätze (deren Inbegriff wir „Verwaltungsrecht" nennen) erhält.

Das Neue, welches in Laband's Ansicht über das Wesen des Rechtssatzes im Vergleich zu den bisher besprochenen Autoren enthalten ist, läßt sich in zwei Sätze zusammenfassen:

1. Laband erkennt die Möglichkeit individueller Rechtsnormen im Gegensatz zu G. Meyer an.

2. Laband identifiziert nicht Rechtssatz und staatliche bezw. gesetzliche

---

51) Bei Grünhut, VIII S. 12.

52) Haenel, S. 116.

Vorschrift, wie dies Zorn, v. Martitz und Haenel thun, sondern verlangt im Gegensatz zu diesen für die materiellen Gesetze Normen mit bestimmtem Inhalt, nämlich Normen, welche zum Zwecke der Willensbegrenzung bezw. -bestimmung der Rechtssubjekte erlassen sind.[53])

Freilich bleibt hier noch die Frage nach dem Wesen der „Rechtssubjekte" offen. Die Antwort scheint selbstverständlich: Jede physische oder juristische Person.

Für das öffentliche Recht entsteht hier indessen eine weitere Frage, nämlich die nach der Anwendbarkeit des Begriffes „Rechtssubjekt" auf den Staat und seine Organe.[54]) Diese Frage wird unten, bei der Darstellung derjenigen Normen, welche die Staatsorganisation regeln, näher zu erörtern sein.

Hier bedarf nur das maßgebende Grunddogma der modernen Staatsrechtswissenschaft, die Auffassung des Staates als Persönlichkeit, also als Rechtssubjekt, einer Erwähnung. In dieser Auffassung, welche, wie hinzuzufügen unnötig sein dürfte, die zur Zeit herrschende ist, liegt aber, daß es mit der Natur des Staates als einer Persönlichkeit unverträglich ist, den staatlichen Organen, d. h. physischen Personen oder Personenverbänden, welche zur Ausführung des Staatswillens berufen sind, auch noch Rechtssubjektivität zuzuschreiben, sodaß der Staat in so viele Einzelpersönlichkeiten zerfiele, als er Organe hat.[55])

Auf diesem letzteren Standpunkte steht Haenel[56]). Er will den Staat nicht als eine Personeneinheit, sondern als das „Rechtsverhältnis einer Personenmehrheit" aufgefaßt wissen, erklärt es für unrichtig, die „herkömmliche rechtliche Konstruktion des korporativen Verbandes" auf den Staat anzuwenden, und schreibt dem Staate eine „reale Existenz" nur in Gestalt der Summe der Einzelexistenzen seiner Organe zu. Diese Organe seien daher als Rechtssubjekte anzusehen; die Festsetzung der Rechte und Pflichten der Behörden müsse in konstitutionellen Staaten

---

[53]) Übereinstimmend hiermit definieren die einschlägigen Begriffe H. v. Schulze-Gävernitz und Rosin. Vgl. des Ersteren Preuß. Stsr., 2. Aufl. Bd. II S. 3: „Unter Recht verstehen wir den Inbegriff der Regeln, welche bezwecken, die äußeren Beziehungen verschiedener Persönlichkeiten, sowohl der Individuen untereinander, als auch zum Gesamtorganismus abzugrenzen und zu bestimmen" — und Rosin, Polizeiverordnungsrecht, S. 1: „Recht ist uns die äußere Abgrenzung der Willensmacht der Persönlichkeiten, welche denselben von einer über ihnen stehenden Potenz gesetzt wird."

[54]) Hierüber vgl. die interessanten Untersuchungen Bernatzik's im Arch. f. öff. R., Bd. V S. 169 ff. S. unten S. 73 ff., 80.

[55]) Bernatzik, S. 204 ff.

[56]) Haenel, S. 231, 232.

ebenso durch Rechtssätze erfolgen, wie die Regelung der Beziehungen der Einzelnen untereinander.

Ganz anders Laband und mit ihm die herrschende Meinung.

Die letztere läßt sich dahin zusammenfassen: Der Staat ist keine Mehrheit von Willensträgern, sondern eine Persönlichkeit im Rechtssinne. Die Behörden und Beamten des Staates „wollen" nicht für sich, sondern üben einen fremden Willen aus, nämlich den des Staates. Für einen Rechtssatz ist daher nur Raum, insoweit die Willenssphäre des Staates als solchen gegen fremde Willenssphären abgegrenzt werden soll, nicht aber, insofern nur die Sphären der Behörden untereinander begrenzt werden. Der Erlaß von Normen letzterer Art ist nicht ein Akt der Rechtssetzung, sondern ein Akt der Ausübung subjektivrechtlicher Verwaltungsbefugnisse[57]), und auch der Umstand, daß die Einzelnen ein Interesse haben an der Erlassung solcher administrativer Normen, kann die letzteren, selbst wenn sie in Gesetzesform auftreten, nicht zu Sätzen des objektiven Rechts machen.

Dieser Gegensatz zwischen Laband und Haenel bezüglich der ihren Theorieen zu Grunde liegenden Auffassungen über das Wesen des Rechtssatzbegriffes bildet ein neues sprechendes Beispiel für die hier vertretene Ansicht, daß sich der ganze Streit um die Berechtigung des doppelten Gesetzesbegriffes zurückführen läßt auf das weite Auseinandergehen der Meinungen bezüglich dessen, was unter Rechtssatz zu verstehen sei.

Betrachten wir in dieser Beziehung einen der Anhänger Laband's, nämlich Seligmann, so finden wir wieder eine neue und eigenartige Auffassung des oft erwähnten Grundbegriffes.

Vom gleichen materiellen Gesetzesbegriff ausgehend wie Laband („Gesetz im materiellen Sinne ist die verbindliche Anordnung eines Rechtssatzes"), differiert er mit Letzterem doch in der Fassung des Rechtssatzbegriffes und gelangt infolge dessen zu teilweise anderen Ergebnissen bezüglich der Natur mancher Gesetze.

Einmal schließt sich Seligmann dem oben S. 22 ff. besprochenen G. Meyer'schen Dogma von der Allgemeinheit des Rechtsbefehls an und verwirft den Begriff des materiellen Individualgesetzes. Ferner identifiziert er materielle Gesetzgebung und Rechtschaffung[58]) und verlangt zum Begriff des materiellen Gesetzes, daß es eine noch nicht in Kraft stehende Rechtsregel mit verbindlicher Kraft ausstatte — hierbei die Ansicht Bin-

---

[57]) Laband, S. 680.
[58]) Seligmann, S. 144 ff.

ding's[59]) adoptierend, wonach jedes materielle Gesetz den Charakter eines „Schöpfungsaktes“ haben soll.

Damit ist der Begriff des Rechtssatzes bedeutend verengt, der Kreis der nur als solche im „rein formellen Sinne“ anzusprechenden Gesetze um ebensoviel erweitert, — freilich durch eine Einengung des Rechtssatzbegriffes, die m. E. völlig willkürlich ist.

Seligmann bietet in dieser Beziehung ein interessantes Gegenbild zu Zorn. Wenn Letzterer[60]) den Begriff des Rechtssatzes zu weit faßt, ja ihn bis in's Farblose verflüchtigt, — so erscheint dieser wahre Proteus unter den Rechtsbegriffen bei Seligmann so eng definiert, daß vermöge dieser Definition einer Menge von Gesetzen, denen der Rechtscharakter schlechthin nicht abzusprechen ist, die unzweifelhaft Rechtsnormen enthalten, als Gesetze im rein formellen Sinne, als Verwaltungsakte in Gesetzesform erscheinen.

So gelangt Seligmann, von dem Grundsatz ausgehend, daß jedes Gesetz im materiellen Sinne die Rechtsordnung irgendwie verändern müsse, daß aber einer Rechtsregel, welche bereits zum geltenden Recht zählt, d. h. vom Gesetzgeber mit Verbindlichkeit ausgestattet ist, nicht nochmals verbindliche Kraft verliehen werden könne — zu dem Postulat: „Man wird in denjenigen Gesetzen, welche eine bereits erlassene Rechtsnorm nur wiederholen, rein formelle erblicken müssen.“ [61])

Hiernach darf z. B. die Erklärung des Handelsgesetzbuches und der Wechselordnung zu Deutschen Reichsgesetzen nicht als ein Akt der Rechtssetzung, sondern nur als ein, sich in das formelle Gewand des Gesetzes kleidender Verwaltungsakt angesehen werden, denn diese Gesetze besaßen im Deutschen Reichsgebiet (von Elsaß-Lothringen natürlich abgesehen) bereits Geltungskraft als allgemeines Recht der Deutschen Staaten. Sie konnten mithin für dieses Gebiet nicht nochmals für rechtsverbindlich erklärt werden, sondern nur die gesteigerte formelle Gesetzeskraft der Reichsgesetze gegenüber den Landesgesetzen[62]) erhalten.

Die geradezu absurden Konsequenzen dieser Art, welche gleichwohl aus Seligmann's Ansicht, wie es mir scheint, zwingend folgen[63]), werden von dem Autor freilich in dem Sinne abgelehnt, als er sich (S. 145) dagegen verwahrt, daß die „wiederholenden Gesetze“ außer ihrer formellen Gesetzeskraft nicht auch

---

59) Krit. Viertelj.-Schr., N. F. Bd. II S. 252.

60) Vgl. oben S. 14 ff.

61) Gegen diese Folgerungen: Jellinek, S. 241, Dyroff, S. 2, 3.

62) Vgl. Reichsverfassung, Art. 2.

63) Vgl. auch Jellinek, S. 241 Anm. 23: „Viel zu weit geht Seligmann ..... aus dessen Ausführungen sich ergeben würde, daß alle neuen Strafgesetzbücher der Zukunft, indem sie den Mord und den Diebstahl verbieten, nicht Rechtssätze, sondern Verwaltungs-

die gleiche materielle Wirkung hätten, wie die eigentlichen materiellen Gesetze, insofern jene formellgesetzlichen, eine bereits geltende Rechtsnorm wiederholenden Anordnungen „gleichfalls die Befolgung ihres Inhaltes verlangen".

Also Gesetze im formellen Sinne mit der Wirkung eines solchen im materiellen Sinne? Formelle Gesetze ohne Rechtsinhalt, jedoch mit der verbindlichen Kraft der Rechtssätze ausgestattet?! Das begreife, wer kann, — jedenfalls dürfte die Klarheit der Gesetzestheorie durch diese labyrinthischen Begriffsverschlingungen nicht gefördert sein.

Seligmann's „Rechtschaffungs"-Theorie muß entgegengehalten werden, daß es ebenfalls ein Akt der Rechtschaffung oder, besser gesagt, Rechtssetzung ist, wenn ein Gesetz Bestimmungen eines früheren Gesetzes in sich aufnimmt und dieselben von neuem sanktioniert. Dadurch wird die alte Sanktion aufgehoben, das neue Gesetz derogiert dem alten und stattet gleichzeitig ganz oder teilweise mit dem alten Gesetz übereinstimmende Satzungen mit materieller und formeller Gesetzeskraft aus.

Der Satz »lex posterior derogat priori« greift ja auch Platz, wenn das neue Gesetz mit dem alten inhaltlich übereinstimmt; dieser Satz enthält in sich die Widerlegung der Meinung, welche für einen Rechtssetzungsakt eine inhaltliche und gedankliche Veränderung der bestehenden Rechtsordnung verlangt.

Um aber auch einen Punkt hervorzuheben, welcher die teilweise Richtigkeit der Seligmann'schen Theorie hervortreten läßt, so gehört selbstverständlich nicht zur materiellen Gesetzgebung die Wiederholung eines Gesetzes zu Verwaltungszwecken: Einschärfung durch eine Verordnung,[64]) Bekanntmachung eines neuen Gesetzes durch die Gemeindebehörde zum Zweck der Belehrung der Gemeindeangehörigen über die neuen Gesetzesbestimmungen,[65]) u. s. w. In dieser Beziehung interessante Erscheinungen sind die im Verwaltungswege erfolgenden redaktionellen Feststellungen des Textes solcher Gesetze, welche durch Novellen vielfach verändert sind und von ihrer ursprünglichen Gestalt erheblich abweichen. Solche administrative Gesetzespublikationen finden sich in der Reichsgesetzgebung nicht selten: z. B. Erlaß des Reichskanzlers betr. Bekanntmachung des neuen Textes des Strafgesetzbuchs, vom 26. Februar 1876[66])

---

vorschriften enthalten, daß der Satz der preußischen Verfassung, wonach der König den Oberbefehl über das Heer führt, kein Rechtssatz sei, weil der König von Preußen de jure schon vor dem Erlassen der Verfassungs-Urkunde oberster Kriegsherr war. Allzu scharf macht schartig!"

[64]) Vgl. Jellinek, S. 241 Anm. 22a.

[65]) Beliebt bei den weite Kreise der Bevölkerung interessierenden sozialpolitischen Gesetzen des Reiches.

und Bekanntmachung des Reichskanzlers betr. den Text der Gewerbeordnung, vom 1. Juli 1883.[67])

Diese Bekanntmachungen sind nicht Akte der Rechtssetzung, sondern Verwaltungsakte, sie enthalten nicht materielle Gesetze, sondern „literarische Arbeiten", [68]) bestimmt zur Klarstellung eines durch novellarische Gesetzgebung erheblich umgestalteten und durch Einfügungen ꝛc. unübersichtlich gewordenen Gesetzestextes.

Wohl aber wohnt diesen im Verordnungswege erfolgenden, redaktionellen Zwecken dienenden Wiederholungen von Gesetzen dieselbe Authentizität bei, wie der verfassungsmäßig vollzogenen und im Reichsgesetzblatt abgedruckten Urschrift der Gesetzes-Urkunde, und kann man in diesem Sinne z. B. von der neuen Fassung der Gewerbeordnung vom 1. Juli 1883 sprechen, obwohl die materielle Gesetzeskraft derselben nicht auf der Bekanntmachung des Reichskanzlers, sondern auf der Sanktion und Publikation des ursprünglichen Gesetzes und jeder folgenden Novelle beruht.[69])

Tiefer als die bisher betrachteten Schriftsteller ist Jellinek in das Wesen des Rechtssatzbegriffes eingedrungen. Es findet sich bei ihm ein Gesichtspunkt, der gegenüber der gesamten übrigen Literatur völlig neu ist und in seinen, vgl. z. B. S. 29 oft nur angedeuteten Konsequenzen geeignet erscheint, den streitigen Begriff auf ein neues Fundament zu stellen und die Lösung der damit zusammenhängenden Streitfragen zu erleichtern.

Dieser Gesichtspunkt ist durch den Zweckbegriff gegeben.[70])

Auch bei Jellinek suchen wir zwar nach einer präzisen Formulierung der Definition des Rechtssatzes vergebens; ja, der Genannte verzichtet sogar gewissermaßen ausdrücklich darauf, eine befriedigende Abgrenzung jenes Begriffes zu finden: spricht er doch [71]) einmal von der „schwankenden Grenze, welche dem Begriff „Rechtssatz" für unsere Erkenntnis gezogen ist."

---

[66]) R.-G.-Bl. S. 39 ff. — Der Erlaß beruht auf Art. V des R.-Ges. vom 26. Februar 1876 (R.-G.-Bl. S. 25).

[67]) R.-G.-Bl. S. 177. Beruhend auf Art. 16 des R.-Ges. v. 1. Juli 1883 (R.-G.-Bl. S. 159).

[68]) Laband, S. 565.

[69]) Nach Laband (S. 565) sollen diese Bekanntmachungen des Reichskanzlers mit Privatausgaben der betreffenden Gesetze hinsichtlich ihrer rechtlichen Wirkung auf einer Stufe stehen.

[70]) Vgl. Jellinek, S. 240 ff., und dazu Haenel's Kritik, a. a. O. S. 255 ff.

[71]) S. 379 Anm. 19.

Jellinek giebt jedoch an verschiedenen Stellen seines Werkes Ausführungen von vorzüglicher Schärfe und Klarheit über die Staatsfunktion der Rechtssetzung.

Er weist derselben eine eigentümliche und „centrale" Stellung unter den Staatsfunktionen zu[72]), bezeichnet als das Wesen ihrer Thätigkeit die „soziale Schrankenziehung"[73]) und führt weiter aus, daß eine solche Schrankenziehung sowohl als Einengung der individuellen Handlungsfreiheit als vielmehr auch, wenn die Schranken weiter vorgeschoben werden, als eine Erweiterung des Kreises, welcher die Wirksamkeit des individuellen Willens im sozialen Leben ohne das Dasein der Rechtsordnung darstellen würde, erscheinen kann.

Hieraus läßt sich die Stellung unseres Verfassers zum Rechtssatzbegriff mit ausreichender Klarheit erkennen. Der Rechtssatz ist ihm das Produkt jener Staatsfunktion, welche sich in „Schrankenziehung durch Gebot und Verbot zum Zwecke der Gewährung freien Thuns, Habens und Genießens jeder, auch der Staats-Persönlichkeit — bethätigt." (Vgl. S. 217.)

Der wissenschaftliche Fortschritt in Jellinek's Theorie liegt nicht nur in der Konstatierung des von Laband zuerst hervorgehobenen, allen Rechtssätzen eigentümlichen Momentes der Abgrenzung der Willenssphären („soziale Schrankenziehung"), sondern vor allem in dem Nachweis, daß dem Rechtssatzbegriff außer diesem objektiven Merkmal des schrankenziehenden, normativen Charakters noch ein subjektives, in der Absicht des Gesetzgebers nachzuweisendes Merkmal: der Erlaß zum nächsten Zweck der Schrankenziehung, eigentümlich ist.

Dieser Gesichtspunkt ist für die Abgrenzung zwischen Norm und Rechtssatz maßgebend.

„Rechtssatz" ist jede — in Gesetzes- oder Verordnungsform auftretende — staatliche Norm, deren nächster Zweck die Abgrenzung der im Staate sich findenden Willenssphäre ist.

Die Möglichkeit, daß ein Gesetz im weiteren Sinne nicht nur der sozialen Schrankenziehung dient, sondern der staatlichen Kulturförderung, der Erreichung wirtschaftlicher oder politischer Zwecke, kurz ein „Verwaltungsakt" in diesem Sinne ist, ist von Jellinek nicht verkannt. Deshalb soll aber nicht der entferntere, sondern der nächste Zweck über die Natur einer Norm entscheiden.

Beispielsweise enthält ein Gesetz, welches die allgemeine Wehrpflicht der Staatsbürger anordnet, hiermit zweifellos einen Rechtssatz, denn in dem Gesetze wird in normativer Form eine Freiheitsbeschränkung in Gestalt der Auferlegung einer dem Staate zu leistenden Pflicht eingeführt. „Der nächste Zweck dieser

---

72) Jellinek, S. 214 ff.

73) S. 215, 216.

gesetzlichen Bestimmungen ist Schrankenziehung, der letzte Zweck jedoch Erhaltung des Staates gegen die Angriffe innerer und äußerer Feinde.“[74])

Ein ähnliches Bild bietet der § 1 des Unfallversicherungsgesetzes, welcher die Versicherungspflicht gewisser Personenkategorieen einführt (Rechtssatz), um dadurch einen Verwaltungs-, genauer gesprochen sozialpolitischen Zweck, nämlich die Fürsorge für das Wohl der arbeitenden Klassen zu erreichen. Der Rechtssatz ist hier recht eigentlich Mittel zum Zweck.

Umgekehrt kann eine Norm auf eine fremde Willenssphäre beschränkend einwirken, ohne daß diese Beeinflussung eines fremden Willens als ihr nächster Zweck, als ihr Zweck überhaupt, gewollt ist. Z. B. wenn die obere Postbehörde an die ihr unterstellten Postämter die Weisung erläßt, die Schalter für den Verkehr mit dem Publikum zu bestimmten Stunden zu schließen. Hier wird wohl das Interesse des Publikums erheblich berührt, aber die betreffende Anordnung ist nur erlassen zu dem administrativen Zweck der Regelung der Dienststunden, nach Befinden auch, um Überlastung der Beamten zu vermeiden. Die für den Einzelnen eintretende Beschränkung, daß er nicht zu beliebiger Zeit, sondern nur innerhalb der bekannt gemachten Dienststunden Briefmarken kaufen kann, ist nicht eine Auferlegung subjektiver Pflichten bezw. Einschränkung von Befugnissen durch einen Rechtssatz, sondern nur die rechtssatzähnliche Reflexwirkung einer zu Verwaltungszwecken erlassenen Norm.

Eine Norm letzterer Art bleibt an sich auch Verwaltungsvorschrift, wenn sie in ein formelles Gesetz aufgenommen wird; es müßte denn sein, daß bei der Aufnahme in ein Gesetz Rechtssetzungsabsicht vorliegt.

Die im Vorstehenden kurz geschilderte Theorie Jellinek's ist von Haenel einer scharfen Kritik unterzogen worden.[75]) Auf einzelne Einwürfe Haenel's wird unten noch näher zurückzukommen sein: Jellinek gegen Haenel im Allgemeinen zu verteidigen, fühle ich mich weder verpflichtet noch berufen.

III.

Die Schwierigkeiten, mit welchen die Abgrenzung des Rechtssatzbegriffes und damit des Gesetzes im materiellen Sinne verbunden ist, dürfte aus der vorstehenden kritischen Darstellung deutlich genug hervorgehen. Die Prüfung der gegenwärtigen Theorieen über das Wesen des erstgenannten Begriffes ergab

---

74) Jellinek, S. 242.

75) Haenel, S. 257 ff.

zunächst die Unrichtigkeit jener Ansichten, welche in allen staatlichen, oder doch in allen formellgesetzlichen Anordnungen Rechtssätze erblickt und am letzten Ende nur begründet wird durch die „zwingende Natur der staatlichen Anordnung" (Zorn) oder durch die „Unverbrüchlichkeit", die Unabänderlichkeit der Gesetze durch den einseitigen Willen des Monarchen oder der Verwaltungsbehörden oder der Volksvertretung (v. Martitz, Haenel), welche allerdings ein Attribut des Gesetzes, d. h. der Gesetzesform, ist.

Wir sahen dann weiter, daß auch jene Auffassung unzutreffend ist, welche die Aufstellung einer allgemeinen Regel als Essentiale des Rechtssatzbegriffes hinstellt. (G. Meyer, Seligmann.)

Auch das angebliche Erfordernis, ein Rechtssetzungsakt müsse stets eine inhaltliche Umgestaltung und Abänderung der bestehenden Rechtsordnung in sich schließen (Seligmann), führt, wie nachgewiesen wurde, zu unhaltbaren Konsequenzen.

Und noch weiter! Von Vielen wird als das ausschließliche Kennzeichen des Rechtssatzes betrachtet: die Abgrenzung von Rechten und Pflichten verschiedener Willenssubjekte. Wir dürfen uns nicht verhehlen, daß auch dieses, obzwar unbestreitbar richtige Merkmal den Begriff nicht erschöpft.

Denn kurz gesagt, der Staat greift nicht nur in die Willenssphäre der Einzelnen ein, um Recht zu setzen, er setzt nicht nur Rechte und Pflichten des Individuums wie der Verwaltung fest um dieser Festsetzung, d. h. um der Abgrenzung der Willenssphären, um der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung willen, — sondern um innerhalb der bestehenden Rechtsordnung einen Verwaltungszweck zu erreichen.

Die Abgrenzung der Willenssphären erscheint beim Rechtssatz als die primäre, bei andern Normen als eine sekundäre Zweckfolge der Staatswillensäußerung.

Alle oben geschilderten Rechtssatztheorieen beschreiben, wenn es sich um die Definition des Begriffes handelt, nur die objektiven Merkmale des Rechtssatzes, — mit alleiniger Ausnahme Jellinek's, welcher auf ein subjektives Merkmal, den bei Erlaß des Gesetzes nachzuweisenden „nächsten Zweck" der Rechtssetzung hinweist.

Die Theorie Jellinek's führt uns auf den richtigen Weg zur Lösung des Problems.

Die in der Litteratur hervorgehobenen Erfordernisse des Rechtssatzbegriffes: „Zwang", „zwingender Befehl", „Unverbrüchlichkeit", „Allgemeinheit", „Abänderung des bestehenden Rechts", „Begrenzung der Willenssphären" sind, soweit sie überhaupt Eigenschaften des Rechtssatzbegriffes und nicht der Gesetzesform sind, objektive Merkmale des ersteren Begriffes.

Jede Definition des Rechtssatzes muß aber unvollständig bleiben, so lange sie nicht auch seine subjektive Seite, den ihm eigentümlichen Zweck richtig erkennt und mitumfaßt.

Wenn das Moment des Befehls als das ausschließliche Merkmal des Rechtssatzbegriffes bezeichnet wird, so ist das unrichtig, denn einen (motivierenden) Befehl enthält jede Norm, und es muß zugegeben werden, daß es staatliche Normen giebt, die nicht zum Zwecke der Rechtssetzung erlassen sind, zum Beispiel die von der Staatsverwaltung in Vollziehung von Rechtssatzungen ausgehenden Befehle, die nicht Setzung objektiven, sondern Ausübung subjektiven Rechts enthalten.

Diese Erkenntnis, daß die staatlichen Normen, abgesehen von der Form ihrer Erlassung (Gesetz, Verordnung, Verfügung) sich auch ihrem Charakter und ihrem Zwecke nach unterscheiden, führt zur Frage nach den Merkmalen, welche den Rechtssatzbegriff aus dem allgemeinen Begriff der Norm herausheben.

Denn diese Begriffe sind nicht koordiniert. Jeder Rechtssatz enthält eine Norm, aber nicht jede Norm einen Rechtssatz. Der Rechtssatz ist eine Norm mit bestimmten Merkmalen.[76])

Diese Merkmale sind zum Teil objektiver, zum Teil subjektiver Natur: letztere sind zu suchen in der Willensrichtung des die Norm erlassenden Staatsorganes (Gesetzgebungsorgan, Monarch, Behörde) im Augenblicke der Erlassung.

Das objektive wesentliche Merkmal ist weder der Zwang, noch die Unverbrüchlichkeit, noch die Allgemeinheit, sondern, wie schon öfter erwähnt, die Abgrenzung der Willenssphären verschiedener Rechtssubjekte durch Gebot, Verbot, Gewährung.

Das Recht spricht nie zum Einzelnen bezüglich seines Verhaltens zu sich selbst, sondern bezüglich der Art seines Zusammenlebens mit Andern; das Recht ist „soziale Schrankenziehung“.[77])

Das subjektive Merkmal der Rechtssetzungsakte kennzeichnet den Zweck, welchen der Befehlende bei Erlaß der Norm im Auge hatte. Dieser Zweck

---

[76]) Dieser Gedanke ist auch von Seligmann ausgesprochen; vgl. S. 46 a. a. O.: Von diesen beiden Begriffen, Befehl und Rechtsbefehl, ist ersterer der weitere Begriff, da er letzteren als besondere Unterart umfaßt.

[77]) Die Aufstellung Justinians in § 3, Inst. I, 1: „Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, ...“ wird wohl Niemand als Gegenargument anführen wollen. Mögen die auf das „honeste vivere“ bezüglichen Normen der damaligen römischen Auffassung nach Rechtssätze gewesen sein: für uns ist das Gebot, „honeste“ zu leben in dieser Allgemeinheit ein ethisches, kein rechtliches.

geht bei der Rechtsnorm dahin, durch motivierende Befehle an die einzelnen Willenssubjekte das Verhalten derselben zu einander im Falle des Zutreffens bestimmter Thatumstände zu regeln. Der Erlaß von Rechtsnormen muß stets die Abgrenzung von Willenssphären als primäre Wirkung bezwecken.

Dies bedarf einer näheren Ausführung. Es ist ein durchaus geläufiger Gedanke, daß die Betrachtung eines durch eine menschliche Willenshandlung veranlaßten Erfolgs, eines thatsächlichen Vorgangs der Außenwelt vom Rechtsstandpunkt einseitig sein würde, wenn sie nur die objektive Beschaffenheit dieses Vorganges, abgezogen von der Richtung des Willens, der ihn verursachte, berücksichtigen wollte.

Das Recht wendet sich ausschließlich an den Willen des Menschen, — es kennt nur „Willenswirkungen".

Das Bild des objektiv herbeigeführten Erfolgs wird für den juristischen Beurteiler erst vollständig, wenn die Frage beantwortet wird: „wer hat diesen Erfolg veranlaßt und wie war der veranlassende Wille seiner Richtung und Intensität nach geartet?"

So kann ein und derselbe Vorgang vom Standpunkte des Civilrechts aus als ein „suo iure uti", ein andermal als eine schuldhafte, die entsprechenden Rechtsfolgen nach sich ziehende Rechtsverletzung erscheinen.

So spricht man auch im Strafrecht von der „Thatseite" und „Schuldseite" des Verbrechens[78], — die Doppelseitigkeit der Rechtsphänomene, in der Strafwissenschaft durch die Gegenüberstellung von objektiven und subjektiven Thatbestandsmerkmalen eines Delikts bezeichnet, von denen erstere die Willenswirkung, letztere die Willensrichtung betreffen, tritt uns auch hier entgegen.

Und — um auf unseren Gegenstand zurückzukommen, — da das Gesetz eine Rechtserscheinung ist, so haben die eben kurz skizzierten Gedankenreihen auch Wichtigkeit für unsere Betrachtungen. Auch im Gebiete der Gesetzgebung müssen wir uns die Frage vorlegen: Liegt stets im juristischen Sinne Dasselbe vor, wenn der objektive Thatbestand „Abgrenzung von Rechten und Pflichten durch Gebot, Verbot, Gewährung" gegeben ist; setzt der Staat immer Recht, wenn er eine Norm setzt? Nehmen wir den Fall, daß die Staatsverwaltung durch ein Gesetz ermächtigt oder angewiesen wird, einen Verwaltungsakt innerhalb der bestehenden Rechtsordnung, also ein Rechtsgeschäft vorzunehmen, — z. B. Staatseigentum zu veräußern oder zu erwerben. Was ist der Zweck eines solchen Gesetzes? Es enthält einen Befehl, eine Ermächtigung, — ist also zweifellos eine Norm. Es will aber ebenso zweifellos nicht die

[78]) Vgl. Binding, Grundriß zur Vorlesung über Gemeines Deutsches Strafrecht, S. 103 ff., 112 ff.

Zuständigkeit der Verwaltung den Unterthanen gegenüber abgrenzen, will nicht die Willenssphäre der Verwaltung zum Zwecke der Fixierung dieser Grenze erweitern oder einengen. Die primäre Zweckfolge eines solchen Gesetzes ist der Abschluß eines Rechtsgeschäftes, nicht die Normierung einer Zuständigkeit, welche letztere allerdings in dem Gesetze bestimmt wird, ohne daß aber diese Bestimmung der nächste Zweck des Gesetzgebers ist.

Kurz es liegt in einem Gesetze der erwähnten Art eine Norm, aber kein Rechtssatz vor: ein Rechtssatz um deswillen nicht, weil der Zweck dieses Gesetzes lediglich die Durchführung eines Verwaltungsaktes innerhalb der bestehenden Rechtsordnung (ein Verwaltungsakt contra legem würde stets einen Individualrechtssatz erfordern) ist. Verschiedenartige Beispiele für solche Verwaltungsakte in Gesetzesform, genauer gesprochen: gesetzliche Normen, zu Verwaltungszwecken erlassen, werden im Schlußkapitel dieser Abhandlung angeführt werden; an der Hand dieser Beispiele werden dann auch die zahlreichen Einzelstreitfragen, die sich an die hier nur in flüchtigen Strichen gezeichneten allgemeinen Grundsätze über Norm und Rechtssatz knüpfen oder knüpfen könnten, ihre Erledigung finden.

Hier ist nur noch ein Punkt von prinzipieller Bedeutung zu erwähnen. Die Gegner der hier vertretenen Ansicht irren, wenn sie das Amt des konstitutionellen Gesetzgebers auf die Rechtssetzung beschränken. Das Wort „Gesetz“ hatte, wie wir am Eingang dieser Abhandlung sahen, ursprünglich nur den Sinn: Anordnung einer Rechtsnorm. Allein, diesem ursprünglichen Begriffe hat sich im konstitutionellen Staate der Neuzeit ein formeller, besser funktioneller Gesetzesbegriff zugesellt; ja man kann sagen, der Gesetzesbegriff ist im Wesentlichen ein formeller geworden, indem die staatsrechtliche und politische Bedeutung der konstitutionellen Gesetzgebung wesentlich in Wirkungen ihren Grund hat, welche aus der Gesetzesform folgen. Die Unangreifbarkeit, die „Unverbrüchlichkeit“ jener Gesetze durch privaten und Verwaltungswillen ist nur eine Folge der formellen Gesetzeskraft und von dem Gesetzesinhalt unabhängig.

Die Gesetzgebung ist im konstitutionellen Staate lediglich eine Form seiner Lebensthätigkeit geworden[79]); die Form des Gesetzes ist sowohl für die Rechtssetzung als für die Rechtsprechung, als für die Vornahme von Verwaltungsakten eine taugliche und geeignetenfalls zu bevorzugende Form. Aus diesem Grunde sind auch in allen konstitutionellen Verfassungen gewisse wichtige Verwaltungsakte an die Gesetzesform gebunden, — wie namentlich die Feststellung des Staatshaushaltsplanes durch das Etatgesetz.

---

[79]) Laband, S. 252.

Daß dies mit der staatsrechtlich längst überwundenen politischen Theorie von der Gewaltenteilung unvereinbar ist, — ebenso unvereinbar, wie das aus Gründen der Zweckmäßigkeit gewissen Behörden allgemein delegierte Rechtsverordnungsrecht, — darf uns nicht befremden noch hindern, die Wahrheit thatsächlicher Verhältnisse anzuerkennen.

Und thatsächlich ist es im heutigen Staatsleben nichts Seltenes, daß ein Verwaltungsakt im Wege der Gesetzgebung vorgenommen wird, was den Sinn hat, daß durch eine Norm, einen Befehl mit der Wirkung eines Verwaltungsbefehls eine Behörde angewiesen wird, die in dem Gesetze sich verkörpernde Initiativ-Verwaltungshandlung auszuführen. Die Zuwiderhandlung gegen ein solches Gesetz aber involviert infolgedessen an sich noch keine Rechtsverletzung.

Wenn im Vorstehenden versucht wurde, das Wesen und die Erfordernisse des Rechtssatzbegriffes zu erkennen, so entsteht nun die Aufgabe, die sich hieraus ergebende Begrenzung des materiellen Gesetzesbegriffes an einer Reihe von Erscheinungen der positiven Gesetzgebung zu prüfen, gleichzeitig aber zu zeigen, daß der Form des konstitutionellen Gesetzes zwar der Rechtssatz unstreitig als „naturaler" Inhalt entspricht, daß diese Form aber auch anderen staatlichen Zwecken als dem der Rechtssetzung in eigenartiger Weise dienstbar gemacht werden kann und gemacht worden ist.

Das Wesen des Rechtssatzbegriffes läßt sich, wie wir sahen, in den kurzen Satz zusammenfassen: „Norm, zum Zwecke der Rechtssetzung erlassen".

Hieraus ergiebt sich eine Teilung der rein formellen Gesetze in zwei Kategorieen:

Gesetze ohne normativen Inhalt, und Gesetze, welche Normen enthalten, die nicht zum Zwecke der Rechtssetzung erlassen sind.

In die erste Kategorie gehören, wie wir im nächsten Kapitel sehen werden, auch die seltenen Erscheinungen, welche als Rechtsprechungsakte in Gesetzesform zu bezeichnen sind. Die formellen Gesetze der zweiten Kategorie qualifizieren sich daher, da sie weder Rechtsetzungs- noch Rechtsprechungsakte sind, stets als Verwaltungsakte.

Es wird somit nach Betrachtung der nicht-normativen Gesetze auf die charakteristischen Unterschiede und Wechselbeziehungen von Gesetzgebung und Verwaltung näher einzugehen sein.

Drittes Kapitel.

Gesetze ohne normativen Inhalt.

I.

Es dürfte durch die bisherigen Ausführungen das Irrige der Ansicht dargethan sein, welche die Begriffe Rechtssatz und staatliche Norm identifiziert.

Wenn es somit als unrichtig bezeichnet werden muß, in jeder vom Staate, gleichviel in welcher Form (Gesetz, Verordnung, Verfügung), erlassenen Norm, d. h. einer Vorschrift, welche an einen Thatbestand motivierend Rechte und Pflichten knüpft, — einen Rechtssatz zu sehen, so gilt gleichwohl das Umgekehrte: Es giebt keinen Rechtssatz, welcher nicht eine Norm wäre. Die Rechtssetzungsfunktion äußert sich ausschließlich im Erlaß von Normen.

Andererseits muß zugegeben werden, daß der Imperativ nicht die einzige Sprachform ist, deren sich die Staatsgewalt bedient und bisher bedient hat. Der Staatswille kann sich vielmehr wie der Wille des Individuums auch durch Aussagen, Ankündigungen, Urteile, kurz in Formen kundgeben, die einen normativen Inhalt nicht aufweisen und aus denen Niemandem ein Recht oder eine Pflicht erwächst.

Dies ist unbestreitbar und unbestritten. Für unsere Untersuchungen kommt nur die Frage in Betracht: kann auch der in Form des Gesetzes zu Stande gekommene Staatswille solche Nicht-Normen zum Inhalte haben, kann das gesetzgebende Organ des konstitutionellen Staates durch Erlaß von Nicht-Normen in Gesetzesform thätig werden? Sind solche Gesetze im rein formellen Sinne theoretisch denkbar und historisch nachweisbar?

Der Mühe des letzteren rechtshistorischen Nachweises sind wir füglich überhoben, da dieser Nachweis in der neuesten Literatur vielfach und mit unbestreitbarem Erfolg unternommen und durchgeführt ist[80]. Den von Jellinek und Seligmann gegebenen Beispielen gegenüber — welche sich übrigens vermehren lassen[81] — erscheint das Phänomen von Gesetzen, welche keine Normen, folglich keine Rechtssätze sind, als unzweifelhaft nachgewiesen.

---

[80] S. die Beispiele bei Jellinek, S. 232 u. Anm. 12—15 das. 233, und Seligmann, S. 39, 40. — Vgl. auch Eisele, Unverbindlicher Gesetzesinhalt, A. f. civ. Praxis, Bd. 69 (1886) S. 279 ff.

[81] Z. B. manche Positionen der Etatgesetze über mutmaßliche Einnahmen. Wenn der

Aber noch mehr! Eine kurze theoretische Betrachtung lehrt, daß jene Gesetze nicht-normativen Inhalts keineswegs als abnorme, so zu sagen pathologische Erscheinungen des gesetzgeberischen Funktionslebens aufzufassen sind, sondern daß die Form unseres konstitutionellen Gesetzes mit einem Inhalte nicht-imperativischen Charakters wohl vereinbar ist[82].

Zu diesem Zwecke ist auf die, den strikten Gegensatz hierzu enthaltenden Ausführungen Haenel's näher einzugehen[83].

Haenel kommt[84] zu dem Resultate: „Vom Standpunkte der rechtlichen Betrachtung, den ich einzuhalten habe, auf Grund des positiven Rechts, welches in Promulgation und Publikation feste und bestimmte Formen als wesentliche fordert, verwerfe ich jeden Begriff des Gesetzes, auch des Gesetzes im formellen Sinne, der das rechtlich Irrelevante als seinen möglichen Inhalt einbezieht und mit seinen wesentlichen Merkmalen für verträglich erachtet."

Mit anderen Worten: Haenel findet die positiv-rechtliche Gestaltung der Gesetzesform so beschaffen, daß ein rechtsunverbindlicher[85] Inhalt, ein Inhalt, der nicht die »virtus« einer verbindenden Norm hat, mit ihr unverträglich ist.

Es ist nun hier nicht der Ort, auf das Wesen und die Einzelheiten des Gesetzgebungsverfahrens im Reich und in den Bundesstaaten näher einzugehen, denn das Zustandekommen der gesetzgeberischen Willensäußerung interessiert hier nicht weiter.

Ertrag eines Grenzzolles auf 10 Millionen „veranschlagt" ist, so enthält diese formellgesetzliche Etatposition keinen Befehl, die Regierung solle gerade 10 und nicht 11 Millionen vereinnahmen, also keine Norm, sondern nur einen, auf wirtschaftliche Gesichtspunkte begründeten finanziellen Überschlag.

82) Wohlgemerkt, wir sprechen hier stets nur von logischen, nicht von grammatischen Imperativen. Es versteht sich z. B. von selbst, daß § 1 des Reichsstrafgesetzbuches trotz der definierenden Form eine Norm im Rechtssinne enthält. Vgl. im übrigen Eisele a. a. O. S. 310 ff., welcher die in den modernen Gesetzbüchern beliebte Vermeidung der imperativischen Form tadelt.

83) Haenel S. 159 ff. — Von den anderen Gegnern der hier vertretenen Ansicht haben Zorn und v. Martitz die Gesetze nicht-normativen Inhalts überhaupt mit Stillschweigen übergangen, ebenso einige andere Schriftsteller, welche Jellinek S. 233 Anm. 18 anführt. — Dyroff erkennt die Existenz der in Rede stehenden Erscheinungen an, mißt ihnen aber für die Rechtfertigung der Aufstellung des formellen Gesetzesbegriffes keine Bedeutung bei. (Vgl. Dyroff a. a. O. S. 71 Anm. 1.) Warum, ist nicht recht ersichtlich. Die Thatsache normloser Gesetze ist doch bedeutsam genug.

84) Vgl. a. a. O. S. 172.

85) Warum Dyroff S. 71 Anm. 1 statt „rechtsunverbindlich" den Ausdruck „unerheblicher Gesetzesinhalt" für besser erachtet, ist nicht einzusehen. Auf die „Erheblichkeit" einer Vorschrift kommt es bei diesen Betrachtungen überhaupt nicht an.

Außerdem ist auch Haenel vollkommen beizupflichten, wenn er als entscheidende Merkmale für die „Form des Gesetzes selbst“ bezeichnet:

1. die Promulgation, d. h. die Beurkundung, daß das Gesetz in der konkreten Fassung, wie es vorliegt, den verfassungsmäßig entstandenen, rechtsgültigen Willen der gesetzgeberischen Organe darstellt;

2. die Publikation des Gesetzes.

Nun legt Haenel das Hauptgewicht auf die „sakramentale Formel“, welche den Eingang der deutschen Reichs- und Landesgesetze bildet und im allgemeinen zu lauten pflegt: „Wir ..... verordnen unter Zustimmung des Bundesrats und Reichstags — (der Volksvertretung) was folgt .....“, — und argumentiert weiter[86]: Da diese Formel den Sinn hat, „Wir verordnen und verkünden rechtsverbindlich“[87], wie folgt, so kann dieses, was „folgt“, nämlich der Gesetzesinhalt nur sein, was Wille des Staates ist und Nachachtung und Gehorsam heischt. Ergo hat Alles, was grammatisch und logisch mit der imperativischen Eingangsformel in Widerspruch steht, nicht einmal die Form des Gesetzes und scheidet damit von der Betrachtung aus, da hier nur die formellen Gesetze Gegenstand der Erörterung sind[88].

Diese Argumentation ist aber durchaus willkürlich, indem sie ohne irgend einen zureichenden Grund dem Gesetzgeber unterschiebt, er habe solchen nichtimperativischen, mit der „sakramentalen“ Eingangsformel nicht harmonierenden Gesetzesbestimmungen, sofern sie in einem formellen Gesetz stehen, die Gesetzesform nicht verleihen wollen und nur Scheingesetze geschaffen.

Haenel unterstellt, daß mit der erwähnten Eingangsformel nur ein normativer Inhalt zum „Gesetze“ erhoben werden könne, und behauptet daraufhin, daß die sanktionierende Kraft der Formel an allem Nicht-Normativen im Gesetzinhalt machtlos abgleite und diesem Inhalt die Gesetzesform zu verleihen gar nicht im Stande sei.

Dies scheint mir doch geradezu eine Vergewaltigung positiv-rechtlicher Er-

---

86) Vgl. a. a. O. S. 160 ff.

87) Dies von Haenel in diesem Zusammenhang gebrauchte Wort „rechtsverbindlich“ ist bezeichnend genug. Man bedenke, daß Haenel hierdurch dem Gesetzgeber unterschiebt, daß Alles, was er in der Form des Gesetzes anordnet, rechtsverbindlich, d. h. als Rechtssatz erlassen sein solle. Das ist aber gerade der Streitpunkt! Haenel verfällt hier in denselben Fehler, den er (S. 154 a. a. O.) Laband vorwirft: er nimmt das zu Beweisende „schlankweg“ als bewiesen an.

88) Haenel S. 161: „Ich weise damit von der Schwelle meiner rechtlichen Betrachtungen zurück einen Begriff des Gesetzes, in welchem Sinne er auch genommen werde, welcher auch noch das rechtlich Irrelevante aufnehmen, welcher auch noch Das befassen soll, was das Recht und seine Wissenschaft nichts mehr angeht.“

scheinungen zu sein! Es findet hier gerade das Umgekehrte statt, wie bei Haenel's Definition des Rechtssatzbegriffes. Faßt er den letzteren, wie oben S. 20 ff. geschildert, zu weit, so faßt er den Begriff der Gesetzesform zu eng: schreibt er doch die Eigenschaft eines konstitutionellen Gesetzes nur solchen, vom Staatsoberhaupte unter Zustimmung der Volksvertretung erlassenen Bestimmungen zu, welche an ihrer Spitze die erwähnte „sakramentale Formel" tragen, ohne jedoch zu beweisen oder den Beweis auch nur anzutreten, daß die Anwendung dieser Formel wirklich ein Erfordernis der Gesetzesform im Rechtssinne ist, — ohne zu bedenken, daß diese Formel vielmehr nur aus alter, gleichgültig von wann und woher datierender Gewohnheit angewendet wird [89].

Außerdem muß bestritten werden, daß die befehlende Form („verordnen") der Eingangsformel als absolut herrschend und als „gemeinrechtlich" in Deutschland anzusprechen sei. Gerade z. B. das Preußische Staatsgrundgesetz, die Verfassungsurkunde, sie trägt an ihrer Spitze den Satz: „Wir ..... thun kund und fügen zu wissen", und nicht „Wir verordnen". Diese Eingangsformel ist nicht imperativisch, oder doch so gefaßt, daß sowohl ein normativer als ein enunciativer Gesetzesinhalt mit ihr grammatisch und logisch im Einklange steht. Schon durch diese ins Auge springende Thatsache scheint Haenel's Theorie, die sich doch allein auf die befehlende Form der Eingangsworte stützt, allen Halt zu verlieren. Es ist ausgeschlossen, irgend einer Bestimmung der Verfassungsurkunde die Gesetzesform abzustreiten. Diese Form muß vielmehr auch denjenigen Verfassungsartikeln beigemessen werden, die nicht-normativen Inhalts sind und als solche unten S. 124 ff. näher besprochen werden sollen.

Was das Reichsrecht anlangt, so steht nach Art. 17 der Reichsverfassung dem Kaiser die Ausfertigung und Verkündung der Reichsgesetze zu, ohne daß er hierbei an die Anwendung einer obligatorischen, sich in befehlende Worte kleidenden Eingangsformel gebunden ist. Es dürfte nicht auffallen, wenn ein Reichsgesetz, welches einen normativen Inhalt nicht enthält, durch eine andere, als die übliche Formel („Wir ... verordnen im Namen des Deutschen Reiches ..."), etwa durch eine den oben erwähnten Eingangsworten der Preuß. V.-U. gleichende Formel ausgefertigt würde.

Es muß somit im Gegensatz zu Haenel betont werden, daß das entscheidende Merkmal der Gesetzesform nach Deutschem Staatsrecht nicht in dem — schwankenden und ins Belieben des Ausfertigenden gestellten — Wortlaut

---

89) Mindestens im Reich und in Preußen ist die Anwendung einer bestimmten Eingangsformel bei Sanktion des Gesetzes nicht vorgeschrieben. Vgl. Reichsverf. Art. 17, Preuß. V.-U. Art. 45, wo sich derartige Bestimmungen finden müßten.

der Ausfertigungsformel zu suchen ist, sondern in den gesetzlich notwendigen Erfordernissen der Sanktion, Promulgation und Verkündigung einer auf dem übereinstimmenden Willen von Monarch (Bundesrat) und Volksvertretung beruhenden Staatswillensäußerung beruht. Dabei ist es vollkommen gleichgültig, welchen Inhalt diese Staatswillensäußerung aufweise; auch Nicht-Normen können die Gesetzesform erhalten.

Möge immerhin zwischen dem befehlenden Wortlaut der Eingangsformel und dem nachfolgenden nicht-normativen Inhalt mancher Gesetze ein gewisser Widerspruch obwalten; — jedenfalls giebt uns dieser Widerspruch kein Recht, solchen Gesetzesbestimmungen außer dem Normcharakter auch noch die Gesetzesform abzusprechen und die Diskussion derselben als für die Streitfrage unerheblich a limine zurückzuweisen[90]).

Haenel's Ausführungen, sofern sie aus der „Form des Gesetzes selbst" bezw. aus dem Wortlaut der Promulgationsformeln Gründe gegen die Annahme rechtsunverbindlicher Gesetze herleiten wollen, können somit als beweiskräftig nicht anerkannt werden.

Was Haenel aber — vgl. S. 169 ff. und 171 ff. seines Buches — in diesem Zusammenhange über Gesetzgeber, „die ihren Beruf verkennen" und „unvernünftige Gesetzgeber" sagt, kann nicht einmal als ein Versuch der Widerlegung der von ihm bekämpften Ansichten gelten; — hervorzuheben ist besonders folgende Ausführung:[91])

„Jedenfalls bezweifle ich keinen Augenblick, daß mir aus der Vergangenheit oder Gegenwart oder im Verlaufe Beispiele genug vorgeführt werden, bei denen jedes Merkmal der Gesetzgebung zutrifft und bei denen auch die klare Absicht des Gesetzgebers, rechtsverbindlich zu befehlen, durch keine Auslegungskunst verdunkelt werden kann und welche trotzdem Anordnungen enthalten, die ..... als rechtlich irrelevant erklärt werden müssen. Ihnen gegenüber reicht meine Höflichkeit weit genug, um dem Gesetzgeber nicht einfach zu sagen: Du bist — im besten Falle — ein Narr. Aber sie reicht nicht so weit, um ihm zu sagen: Du hast ein „Gesetz im formellen Sinne" gemacht."

Es dürfte indessen wissenschaftlich unzulässig sein, Erscheinungen des positiven Rechts zu ignorieren und einer theoretischen Erörterung für unwürdig zu erklären, weil sie dem betreffenden Autor „unvernünftig" erscheinen und nach

---

[90]) Vgl. Dyroff a. a. O. S. 71 Anm. 1: „Formgesetze (d. h. Gesetze im formellen Sinne) enthalten oft keine imperativischen Willenserklärungen. Gleichwohl findet man auch solchenfalls in den Eingangsformeln imperativische Wendungen („verordnen" u. dgl.), da man eben gegen den hierin liegenden Widersinn durch Gewöhnung abgestumpft ist."

[91]) Haenel S. 172.

seiner Ansicht einem Narren ihre Entstehung verdanken. Man wird angesichts dieser Methode einigermaßen an die satirischen Schilderungen Ihering's[92] über die „Verunstaltung der Begriffe“ durch die positive Gesetzgebung erinnert. —

Die Entscheidung der Frage im Einzelfall, ob ein Gesetz einen normativen Inhalt aufweist oder nur einen Wunsch, eine Aussage, Verheißung und dergleichen enthält, kann zuweilen schwierig sein.

Man denke an Bestimmungen wie folgende, die sämtlich der preußischen Verfassungsurkunde entnommen sind:

„Über das Kirchenpatronat und die Bedingungen, unter welchen dasselbe aufgehoben werden kann, wird ein besonderes Gesetz ergehen“.[93]

„Ein besonderes Gesetz regelt das ganze Unterrichtswesen“.[94]

Sind das nun Normen für die Richtung der künftigen Gesetzgebung des Staates — oder lediglich legislatorische Monologe, Teile eines feierlich verkündeten Programmes für die gesetzgeberische Thätigkeit des Verfassungsstaates, ohne rechtsverbindlichen oder überhaupt normativen Inhalt, zu vergleichen etwa mit der Kaiserlichen Botschaft von 1881, welche die neue Sozialgesetzgebung des Reiches inaugurierte? —

Obwohl man nach dem Wortlaute der angezogenen Artikel vielleicht eher der ersteren Ansicht folgen könnte, sodaß die in jenen Bestimmungen „vorgeschriebenen“ Gesetze kraft rechtlicher Verpflichtung als Akte „gebundener Gesetzgebung“[95] zu erlassen wären, — so haben doch — was den Artikel 26 der V.-U. betrifft, die nun bald vierzig Jahre, welche seit Erlaß der V.-U. verflossen sind, ohne daß das verheißene Unterrichtsgesetz erlassen worden ist[96], zum mindesten gelehrt, daß sich die preußische Regierung für rechtlich nicht, wenn auch vielleicht für politisch verpflichtet hält, einen Gesetzentwurf gemäß Art. 26 dem Landtage vorzulegen. Außerdem spricht der Umstand, daß seit 1850 verschiedene Spezialgesetze in Unterrichtsangelegenheiten ergangen sind, während doch der Artikel 26 ein besonderes, das ganze Unterrichtswesen regelndes Gesetz, d. h. eine Kodifikation des gesamten Unterrichts-Verwaltungsrechtes anzubefehlen scheint, dafür, daß nach der preußischen Staatspraxis im Art. 26 (und anderen ähnlich lautenden Verfassungsbestimmungen)

---

[92]) „Scherz und Ernst in der Jurisprudenz“ S. 296 ff.

[93]) Art. 17.

[94]) Art. 26.

[95]) Vgl. Jellinek S. 261 ff.

[96]) Erst ganz neuerdings (Herbst 1890) ist, wie bekannt, dem Landtage ein Gesetzentwurf vorgelegt worden, der wenn auch nicht das gesamte Unterrichtswesen, so doch das Volksschulrecht regelt.

lediglich eine formellgesetzliche Verheißung, eine Art politische Proklamation zu sehen ist, von der es zum mindesten sehr zweifelhaft ist, ob in ihr überhaupt noch eine Staatswillensäußerung normativen Inhalts erblickt werden kann.

Ein ferneres Beispiel! Art. 21, Abs. 1 der V.-U. proklamiert: „Für die Bildung der Jugend soll durch öffentliche Schulen genügend gesorgt werden." Obwohl die Form dieser Bestimmung grammatisch einen Imperativ aufweist („soll"), so dürfte sich doch wohl die legislative Willensäußerung in eine bloße Aussage ohne rechtsverbindliche Wirkung verflüchtigt haben; es liegt eine feierliche Kundmachung vor, des Inhaltes, daß die Unterrichtsverwaltung sich die Erfüllung ihrer Pflicht, für die allgemeine Volksbildung zu sorgen, besonders angelegen sein lassen werde.[97])

II.

Es erübrigt noch in diesem Zusammenhange, eine Kategorie formeller Gesetze zu besprechen, bezw. ihre Möglichkeit in Erwägung zu ziehen, welche, ohne einen Rechtssatz, ohne eine Norm zu enthalten, dennoch nicht zu den bisher erörterten rechtsunverbindlichen Enuntiationen des Gesetzgebers gehören.

Es sind das die Fälle der formellen Gesetzgebung, in welchen ein Rechtsspruch im Gewande des Gesetzes erscheint; also Akte, die im materiellen Sinne der staatlichen Rechtsprechungsfunktion angehören.[98])

Die rechtssprechende Thätigkeit ist von der Rechtssetzung, überhaupt von dem Erlaß von Normen logisch grundverschieden.

Die Norm, der staatliche Imperativ und insbesondere der Rechtssatz knüpfen an einen individuellen oder abstrakt bezeichneten Thatbestand Folgen in Gestalt von Geboten, Verboten, Gewährungen.

---

[97]) Anders verhält es sich m. E. mit der Natur des Art. 20 der V.-U.: „Die Wissenschaft und ihre Lehre ist frei." Hier dürfte trotz der äußerst vagen und unbestimmten Fassung wohl eine Norm des objektiven Rechts, ein materielles Gesetz beabsichtigt sein. Ein Gesetz, welches etwa bei Strafe verböte, Bücher über irgend welche wissenschaftliche Materien zu schreiben, ein Gesetz, welches z. B. Professoren der Theologie, welche an der Echtheit der neutestamentlichen Überlieferungen zweifeln und solches lehren, mit Absetzung bedrohte, würde eine Verfassungsänderung involvieren. — Vgl. Arndt, Verfassungs-Urkunde, Anm. zu Art. 20.

[98]) Vgl. über den Begriff der Rechtsprechung Jellinek S. 217, 218. Seligmann S. 70. — Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Laband S. 675. — Die von Letzterem aufgestellte Behauptung, daß jeder Rechtsspruch einen Rechtssatz enthalte, ist m. E. unrichtig. S. den Text. Diese Ansicht Laband's ist angegriffen von Haenel S. 117 und Dyroff S. 8 und Anm. 2.

Im Gegensatze hierzu enthält der Rechtsspruch eine Aussage, eine nur den konkreten Einzelfall umfassende logische Schlußfolgerung, welche die Frage beantwortet: „Liegt in diesem Falle derjenige Thatbestand vor, auf welchen die Norm sich beziehen will?“ Die Antwort — nichts als eine logische Conclusion — enthält die Entscheidung darüber, ob und welche subjektive Rechte und Pflichten sich aus der Anwendung des Rechtssatzes auf den vorliegenden Thatbestand ergeben.

Die Rechtssprechungsfunktion ist mithin keine befehlende, den Zweck der Motivation verfolgende, sondern eine enunciative, konstatierende Thätigkeit des Staates. Sie bildet die notwendige Ergänzung der Rechtssetzungsfunktion, denn „das Rechtsgebot enthält ein Sollen, kein Müssen, die menschliche That kann abweichen von der durch die Norm vorgezeichneten Richtung. Es kann ferner Ungewißheit herrschen über das Vorhandensein der Thatbestände, welche die Rechtsnorm beherrschen will, es kann Streit über Dasein und Maß der rechtlichen Verpflichtung entstehen“. So Jellinek.[99])

Wenn somit aus logischen Gründen die Verschiedenheit zwischen Rechtssatz und Rechtsspruch klar ersichtlich ist, insofern der Rechtsspruch eine Staatswillensäußerung enunciativen, nicht normativen Inhaltes ist, so ergiebt sich das gleiche Resultat aus der Betrachtung der Wirkung, welche dem Rechtsspruch im Gegensatz zur Rechtsnorm zukommt. Wenn Laband an sich richtig definiert: der Rechtsspruch ist die verbindliche Feststellung eines konkreten Rechtsverhältnisses,[100]) so darf doch die von demselben Verfasser hieraus gezogene Schlußfolgerung: „Der Rechtsspruch ist die Aufstellung eines konkreten Rechtssatzes“ als zutreffend nicht gelten.

Denn die „Verbindlichkeit“ eines Rechtsspruches ist von der des Rechtssatzes verschieden; die materielle Gesetzeskraft darf nicht verglichen werden mit der Rechtskraft der Urteile, denn die letztere ist von der ersteren als Rechtserscheinung abzuleiten; die Verbindlichkeit und Rechtskraft der Urteile beruht auf Rechtssätzen.

Ein Urteil verleiht nie subjektive Rechte, legt nie subjektive Pflichten auf, sondern sagt nur, in Entscheidung eines Streites, aus, daß aus dem objektiven Rechte in diesem Einzelfall diese oder jene Befugnis — Pflicht — folge. Hiermit ist die Aufgabe der Rechtssprechung beendet, hat sie ihre Aussage gemacht, ihr Urteil gefällt, so tritt, da es sich nunmehr um die Realisierung des Spruches, um Wahrnehmung der Vollstreckungsfunktion handelt,

---

[99]) S. 217, 218.

[100]) Vgl. Laband S. 675 und hierzu das in Note 98 Gesagte.

eine andere Art der Staatsthätigkeit ein, die mit der Rechtssprechung nichts zu thun hat, die Verwaltung. Alles, was dem Rechtsspruch nachfolgt, bestehe es aus Handlungen des Richters oder anderer Behörden, ist materiell Verwaltung.

Die vorstehenden Ausführungen sollten die logische und juristische Verschiedenheit der Begriffe Rechtssatz und Rechtsspruch darlegen; wir sahen, daß der erstere Begriff der Kategorie „Norm", der zweite der Kategorie „Urteil" angehört.

Gesetze also, welche sich als materielle Rechtssprechungsakte qualifizieren, sind Gesetze im rein formellen Sinne: zwar nicht ohne Rechtswirkung, aber ohne normativen Inhalt.

Fragt man nun nach Beispielen für diese Kategorie von legislativen Akten, so muß zunächst erwähnt werden, daß in der Deutschen und Preußischen Gesetzgebung ein konkreter Fall dieser Art nicht vorliegt. Wohl aber scheint in einer positiven Bestimmung der deutschen Reichsverfassung der Erlaß von Urtheilen „im Wege der Gesetzgebung" für einen gewissen Fall vorgesehen zu sein.

Art. 76 Absatz 2 der Reichsverfassung bestimmt nämlich:

> „Verfassungsstreitigkeiten in solchen Bundesstaaten, in deren Verfassung nicht eine Behörde zur Entscheidung solcher Streitigkeiten bestimmt ist, hat auf Anrufen eines Teiles der Bundesrat gütlich auszugleichen oder, wenn das nicht gelingt, im Wege der Reichsgesetzgebung zur Erledigung zu bringen."

Dieser interessante Verfassungsartikel ist in der neuesten Literatur mannigfach und sehr verschieden kommentiert worden.[101])

Während Laband, sowie Seligmann einem jeden, auf Grund dieser Verfassungsbestimmung ergehenden Reichsgesetze die Wirkung eines wahren Urteils zuschreiben, findet sich die entgegengesetzte Ansicht bei Haenel und Jellinek, die solchen Gesetzen stets den Charakter und die Wirkung von Rechtssätzen beimessen. Nach Ersteren hat der Art. 76 materielle Rechtssprüche in Gesetzesform, nach Letzteren Gesetze im materiellen Sinne im Auge.

Endlich findet sich eine dritte Ansicht bei H. Schulze, wonach nur dann, wenn ein auf Grund des Art. 76 ergehendes Gesetz sich absichtlich auf die Subsumtion des streitigen Thatbestandes unter das geltende Verfassungsrecht des Staates, in welchem der Streit herrscht, beschränkt, ein rein formelles Gesetz mit Urteilsinhalt für vorliegend erachtet, — andererseits aber darauf

---

101) Laband S. 250 ff. 278. Seligmann S. 71. Haenel S. 271. Jellinek S. 246. v. Martitz S. 221. H. Schulze, D. Stsr. II, S. 62, 63.

aufmerksam gemacht wird, daß ja die Organe der Reichsgesetzgebung wohl befugt sind, den Streitfall einfach durch eine geeignete Abänderung bezw. bindende (aber hier nicht „authentische") Interpretation des Landesstaatsrechts aus der Welt zu schaffen, m. a. W. rechtssetzend, nicht rechtsprechend aufzutreten.

Dieser letzteren Meinung ist m. E. im Prinzip beizupflichten. Wortlaut und offenbare Tendenz des Art. 76 widersprechen auf das Entschiedenste der Laband-Seligmann'schen Ansicht, wonach Gesetze, die auf Grund jener Bestimmung erlassen werden, stets die Wirkung von Urteilen haben. Dem widerspricht auch die Wendung: „Streitigkeiten ...... sind zur Erledigung zu bringen." Hierin liegt offenbar, daß die Reichsgesetzgebung sich nicht auf die Entscheidung des Streitfalles nach Maßgabe der einschlägigen einzelstaatlichen Rechtssätze in der Art richterlicher Thätigkeit zu beschränken braucht; nein, nötigenfalls kann, obwohl der klare Wortlaut des Verfassungsrechts auf Seiten der einen streitenden Partei steht, dennoch aus politischen Gründen der anderen Partei Recht gegeben werden. Damit ist eine Abänderung landesrechtlicher Normen involviert, wozu die souveräne Gesetzgebung des Reiches wohl befugt ist.[102])

Unter solchen Umständen würde allerdings die von Haenel und Jellinek vertretene Ansicht das Richtige treffen. Andererseits kann aber diesen Autoren nicht Recht gegeben werden, wenn sie behaupten, der Art. 76 habe ausschließlich Rechtssetzungsakte, nicht materielle Urteile im Auge.

Haenel's Gründe, mit denen er seine diesbezüglichen Ausführungen stützt, sind wesentlich formaler Natur, insofern auch hier wieder die angebliche Bedeutung der „sakramentalen" Ausfertigungsformel des Gesetzes hervorgehoben wird.

Dieser Punkt ist bereits oben erörtert worden und bedarf nicht nochmaliger Erörterung. — Haenel verlangt ebenmäßig für die Urteile eine sakramentale Formel: „Es wird für Recht erkannt", — und macht geltend, daß ein sich als Urteil qualifizierender Gesetzesinhalt der Voranstellung der Promulgationsformel „Wir verordnen" ꝛc. von Grund aus in seiner Substanz verändert werde.[103]) — Es muß auf das oben S. 42 ff. über die Einflußlosigkeit der „sakramentalen Formel" auf die Substanz des Gesetzesinhalts Gesagte verwiesen werden.

Jellinek[104]) stellt als ein Essentiale der rechtsprechenden Staatsthätigkeit hin das Erfordernis, daß dem Richter der Weg, auf dem er den der Urteils-

---

[102]) Vgl. H. Schulze a. a. O. S. 63: „Es kann Fälle geben, wo das Verfassungsrecht eines Einzelstaates so unklar, unzeitgemäß und damit so unhaltbar ist, daß die gesetzgebenden Faktoren kein Bedenken tragen, durch einen Akt der Gesetzgebung eine Um- und Neugestaltung der bestehenden Verfassung vorzunehmen."

[103]) Vgl. Haenel, S. 272. [104]) S. 246.

fällung zu Grunde liegenden Thatbestand erforschen soll, durch Rechtsregeln vorgeschrieben ist.

Dies scheint mir in den Begriff der Rechtssprechung ein ihm fremdes Element hineinzutragen. Gewiß tritt in jedem höher entwickelten Staatswesen die Notwendigkeit einer eingehenden Prozeßgesetzgebung hervor, aber denkbar ist doch wohl auch eine richterliche Thätigkeit, die in jedem Einzelfall nach Gutdünken verfährt — falls sie nur das Eine im Auge behält: den zur Entscheidung stehenden Fall dem geltenden Recht, bezw. dem, was der Richter als geltendes Recht anspricht, unterzuordnen.

Das wesentliche Merkmal der Rechtssprechungsfunktion läßt sich in das Schlagwort „Subsumtion" zusammenfassen; das Erfordernis prozessualer Einzelregeln über die Wahrnehmung der Funktion kann aus dem Begriff derselben nicht postuliert werden.

Deshalb kann aus dem Grunde mangelnder Prozeßformen den auf Grund des Art. 76 Abs. 2 ergehenden Reichsgesetzen der Charakter als materielle Rechtssprüche nicht bestritten werden.

Aber hiervon abgesehen — der Art. 76 verbietet ja den gesetzgebenden Organen nicht, für einen zu entscheidenden Verfassungsstreit das zu beobachtende Verfahren von Bundesrat und Reichstag vorher genau zu regeln (Individual-Prozeßgesetz!), damit dem zu erlassenden Urteils-Gesetze auch wirklich die Garantie und Eigenschaft eines Richterspruches beiwohne.

Und — um Haenel's Einwendungen die Spitze abzubrechen, es würde den formellgesetzlichen Charakter dieser gesetzgeberischen Entscheidung nicht zerstören, wenn sie, nach geschehener Sanktion durch den Bundesrat etwa durch folgende Formel ausgefertigt würde: Wir .... (der Kaiser) erkennen unter Zustimmung des Bundesrates und Reichstags im Namen des Deutschen Reiches für Recht ...."

Fassen wir das Gesagte zusammen, so ergiebt sich, daß die Frage nach dem rechtlichen Charakter der auf Grund des Art. 76 Abs. 2 der Rvf. zu erlassenden formellen Gesetze nur im Einzelfalle zu entscheiden sein wird.

Bisher liegt nun ein solcher Einzelfall nicht vor.

Erwägt man aber, daß einerseits die Reichsgesetzgebung im Stande ist, den ihr vorliegenden Streitfall auch durch Umgestaltung des bestehenden Landesstaatsrechts „zur Erledigung zu bringen", und so das Landesrecht einfach zu ignorieren; — erwägt man andererseits, daß die Reichsgesetzgebung hier die Funktion eines dem Einzelstaate mangelnden Staatsgerichtshofes erfüllen soll[105]), (man beachte auch den der gesetzgeberischen Entscheidung vor-

---

[105]) Vgl. Laband S. 251: „Es muß als ein ideelles Postulat eines solchen (nämlich auf

angehenden obligatorischen Sühneversuch vor dem Bundesrat!) und den Streitfall doch regelmäßig streng juristisch, nicht politisch-willkürlich entscheiden soll und wird, so wird man erkennen, daß den auf Grund des Art. 76 ergehenden Gesetzen nach Befinden sowohl der Charakter als Richterspruch wie als Rechtssatz beizumessen sein wird; beide Fälle sind möglich, einen bestimmten von beiden hat der Art. 76 keinesfalls im Auge.

Jedenfalls aber — und dies ist als das theoretische Ergebnis unserer Analyse des Art. 76 festzuhalten — muß die Möglichkeit formeller Gesetze mit Urteils-Inhalt, es muß die Vereinbarkeit eines solchen Inhaltes mit der Gesetzesform zugegeben werden.

Viertes Kapitel.

Gesetzgebung und Verwaltung.

I.

Aus den bisherigen Erörterungen ist ersichtlich, daß die Anordnung eines Rechtssatzes kein „essentiale“, sondern nur ein „naturale“ des formellen Gesetzes bildet. Es sind Staatswillensakte möglich und thatsächlich nachweisbar, welche die Richtigkeit dieses Satzes unwidersprechlich vor Augen führen.

Der Gesichtspunkt, von dem aus die bisherigen Betrachtungen erfolgten, war der, die gesamte Staatsthätigkeit, bezw. ihre Produkte in Normen und Nicht-Normen zu scheiden. Wir erkannten die Norm als Hauptmerkmal des Rechtssatzbegriffes und gelangten zu der Erkenntnis: Eine Staatswillensäußerung, welche keinen normativen, sondern einen enunciativen Inhalt aufweist, kann nimmermehr ein Gesetz im materiellen Sinne sein. Treten solche Staatswillensakte in Gesetzesform auf, so verdienen sie allerdings die Bezeichnung „Gesetz“, — aber eben nur ihrer Form wegen — und

---

Grund des Art. 76 ergehenden) Gesetzes aufgestellt werden, daß es das bestehende Recht deklariert. Denn es handelt sich um Erledigung von Verfassungsstreitigkeiten, d. h. von Rechtsstreitigkeiten, und die Organe des Reichs treten nur dann in Funktion, wenn nicht verfassungsmäßig eine Behörde zur Entscheidung solcher Streitigkeiten bestimmt ist, sie haben also offenbar eine Aufgabe, wie sie einer solchen Behörde obliegt, nämlich eine richterliche.

bilden einen Beweis für den hier vertretenen Grundsatz der Variabilität des Gesetzesinhalts im Rechtssinne. —

Wir wechseln jetzt unsern Standpunkt, um uns einem Gebiete der Staatsthätigkeit zuzuwenden, welches zwar Willensäußerungen normativen Inhalts zeigt, aber materiell nicht zur Rechtssetzung gehört. Die Gesetzesform aber tritt uns auch auf diesem Gebiete entgegen und wir werden weiter unten eine Reihe von Gesetzen zu erörtern haben, welche aus einem andern Grunde, als die im vorigen Kapitel besprochenen Erscheinungen als „rein formelle Gesetze“ bezeichnet werden müssen; aus dem Grunde, weil sie, kurz gesagt Verwaltungsnormen in Gesetzesform darstellen.

Wir beschränken uns somit von jetzt ab auf eine materielle Seite der Staatsthätigkeit, die Verwaltung, und zwar nur auf Willensäußerungen derselben, welche sich als Normen qualifizieren.[106])

Es ist hier nicht der Ort, das Wesen der Verwaltungsfunktion einer eingehenden Besprechung zu unterziehen und muß in dieser Beziehung auf die einschlägige Literatur verwiesen werden.[107])

Hier kommt es vor Allem darauf an, die normierende Verwaltungsthätigkeit des Staates von der Rechtssetzung abzugrenzen und die Unterschiede beider Staatsfunktionen im Sinne des hier diskutierten Problems klar zu erkennen.

Zu diesem Zwecke muß vorerst bemerkt werden, daß im Folgenden der Begriff „Verwaltung“ stets im materiellen Sinne gebraucht werden wird. Bei der Erörterung der „Verwaltungsakte“ und „Verwaltungsnormen“ kann nicht an die Erscheinungsform dieser Gebilde in einer bestimmten, konkreten Staatsverfassung gedacht werden, sie sind vielmehr zunächst vom Standpunkt des allgemeinen Staatsrechts zu besprechen. Betrachtet man aber die gegenwärtigen konstitutionellen Staaten, und die politische Machtverteilung in ihren Organen, so ergiebt sich, was das Verhältnis der Verwaltungsfunktion zu den Verwaltungsorganen anlangt, eine volle Analogie zu dem Verhältnis

---

106) Das materielle Gebiet der Rechtsprechung scheidet von jetzt ab aus, da die Rechtssprüche in Gesetzesform, wie oben S. 46 ff. erörtert, formelle Gesetze mit nicht-normativem Inhalt sind.

107) Vgl. Loening S. 1 ff., Laband S. 671 ff. — und die daselbst Angeführten. Vgl. besonders Jellinek S. 213 ff., 366 ff. und gegen ihn und Laband: Haenel S. 177 ff., 246 ff.

zwischen Rechtssetzung und formeller Gesetzgebung, wie es im ersten Kapitel dieser Abhandlung allgemein dargestellt ist.

Gerade wie die Gesetzgebungsorgane nicht nur Rechtssätze produzieren, so sind auch die Verwaltungsorgane nicht nur mit Verwaltungsfunktionen im eigentlichen Sinne betraut, sondern dienen auch den Zwecken der Rechtssetzung (Rechtsverordnungen) und der Rechtsprechung (administrative Entscheidungen).

Die Unterscheidung zwischen Verwaltungsakten im materiellen und im formellen Sinne bildet ein zu der Unterscheidung zwischen materiellen und formellen Gesetzen notwendig korrelatives Postulat.[108])

Was nun die Begriffsbestimmung der Verwaltung im materiellen Sinne betrifft, so ist ihr Unterschied von der Rechtssetzung vielfach darin gesucht worden, daß erstere sich nur mit der Vollziehung der von der letzteren erteilten Anordnungen zu befassen habe.

Dieser Auffassung entspricht es, die Ausdrücke „Verwaltung" und „vollziehende Gewalt" für einander zu gebrauchen. Es kann auch nicht geleugnet werden, daß es sich bei vielen, vielleicht bei den meisten Verwaltungsakten um Vollziehung von Gesetzen handelt; gleichwohl aber ist im Begriff der „Vollziehung" nicht das eigentliche Wesen des Verwaltungsbegriffs zu suchen.

Dieses Wesen erkennt man dann am klarsten, wenn man die Analogie zwischen der Thätigkeit des Staates und dem Leben des Einzelnen in Betracht zieht. Wie der Letztere seine wirtschaftlichen Güter „verwaltet", seine ökonomische und soziale Stellung zu fördern sucht und sich hierbei stets innerhalb der Schranken der Rechtsordnung zu halten hat, so ist auch das Staatswesen in fortwährender, ununterbrochener Thätigkeit begriffen; — die Rechtsnorm kann motivierend auf diese Thätigkeit einwirken, aber innerhalb der Rechtsschranken ist die Staatsthätigkeit frei.

Freie Thätigkeit der zweckbewußt durch ihre Organe handelnden Staatspersönlichkeit, frei vom Zwange des Rechts, aber innerhalb seiner Schranken — so stellt sich der Verwaltungsbegriff dar, wie ihn die moderne Staatswissenschaft, über den einseitigen Vollziehungsbegriff weit hinausgehend, ausgeprägt hat.

Mit Recht bemerkt Jellinek[109]), daß „die Verwaltung, d. h. das ganze

---

[108]) Vgl. Laband S. 589 ff., Seligmann S. 103 ff., Jellinek S. 384 ff. Ganz abweichend Haenel S. 275 ff.

[109]) S. 218.

große Gebiet staatlicher Thätigkeit, welches nach Abziehung von Rechtssetzung und Rechtsprechung übrig bleibt, in ihren Zielen nicht unterschieden ist von der zweckbewußten Thätigkeit des Individuums"; in der Verwaltung äußert sich die handelnde Staatsgewalt im eigentlichen Sinne. Gerade wie ein Individuum, welches nur will, aber diesen Willen nicht in Handlungen umsetzt, dem Untergange verfallen müßte, so ist ein Staat undenkbar, welcher sich nur in Rechtssetzung und Rechtsprechung bewegte, ohne handelnd in das Einzel- und Zusammenleben seiner Unterthanen einzugreifen und so seinen Zweck, der identisch ist mit dem Zwecke jeder Gesellung, der Förderung der Gesamtheit, und damit des Einzelnen, zu erfüllen.[110])

Kurz, die verwaltende Thätigkeit des Staates ist der freien Zweckthätigkeit des Individuums analog. Sie findet im Recht ihre Schranke genau so, wie die Handlung des Einzelnen. Sie kann im Einzelfall durch Gesetze, Rechtssätze motiviert, unmittelbar veranlaßt sein. Aber selbst dann ist sie als solche nicht von der Rechtsnorm, sondern von einem, dem Leben im weitesten Sinne angehörenden „Gesetz" beherrscht: dem Zweckmäßigkeitsprinzip. Und dies ist auch der Fall dann, wenn die Verwaltungshandlung als vollkommen frei und durch Rechtsnormen nicht veranlaßt erscheint.[111])

---

[110]) Es soll hiermit keineswegs eine Analogie zwischen dem Wollen und Handeln des Einzelnen einerseits und der Gesetzgebung und Verwaltung des Staates andererseits konstatiert werden, obgleich ja diesbezügliche Anhaltspunkte vorhanden sein dürften. Im Übrigen spielte diese angebliche Analogie in der französischen Doktrin des vorigen Jahrhunderts eine große Rolle, — man vermochte über den Vergleich des Gesetzes mit dem »vouloir«, des Verwaltungsaktes mit dem »faire« des Einzelnen nicht hinauszukommen. Vgl. hierüber Jellinek S. 69 ff., 73 ff. Die Nebeneinanderstellung von Erscheinungen der Staatsthätigkeit und psychischen Vorgängen innerhalb des Einzelwesens birgt stets die Gefahr, daß unzulässige Analogieschlüsse von Phänomenen letzterer Art auf das Wesen der Staatsfunktionen gezogen werden. Gleichwohl können solche Analogieschlüsse in einem gewissen Umfange statthaft sein; es ist dies ein interessanter Punkt, auf den näher einzugehen ich mir freilich versagen muß.

[111]) Die von Laband S. 677 Anm. 2 angegriffene Äußerung Bernatzik's: (Rechtsprechung und materielle Rechtskraft S. 46) „Alle Verwaltungshandlungen seien mindestens durch die allgemeine Rechtsnorm gebunden: Thue, was du glaubst, daß es durch das öffentliche Wohl bedingt ist" — erscheint von diesem Gesichtspunkte aus völlig zutreffend. Nur ist der Satz „Thue, was du glaubst . . . . ." ganz unrichtig als Rechtsnorm bezeichnet, während er nichts ist, als eine Formulierung des Zweckprinzipes, also eines biologischen Gesetzes, welches mit den Begriffen „Norm" oder gar „Rechtsnorm" nichts zu schaffen hat. Deshalb erscheint auch die von Laband an der zitierten Stelle gegebene Erklärung der von Bernatzik sogenannten „Rechtsnorm" als ein „Element der Dienstpflicht von überwiegend ethischer Natur" zu eng. Der Zweckgedanke ist kein der Ethik angehöriges Phänomen, vielmehr dürfte das Umgekehrte gelten. —

Aus der im Vorstehenden erörterten Stellung der Verwaltung zur Rechtsordnung, welche der Stellung des Individuums zu letzterer vollkommen analog ist, ergiebt sich, daß die staatliche Verwaltungsthätigkeit juristisch als die Ausübung von Befugnissen und Pflichten durch ein Rechtssubjekt aufzufassen ist.

Mag man nun auf dem Standpunkte stehen, daß sich alle subjektiven Rechte aus dem objektiven herleiten, oder die Absicht vertreten, daß die Causa des subjektiven Rechtes anderswo zu suchen ist und das objektive Recht nur die Schranke der Ausübung des subjektiven bildet — jedenfalls ist alle staatliche Verwaltungsthätigkeit in dem oben erörterten materiellen Sinne Rechtsausübung, nicht Rechtssetzung, auch dann, wenn sie, was uns hier speziell interessiert, sich im Erlaß von Normen äußert.

Der einzelne Ausübungsakt eines subjektiven Rechtes fällt aber unter die begriffliche Kategorie des Rechtsgeschäftes: jeder Verwaltungsakt, auch der Erlaß einer (materiellen) Verwaltungsnorm ist als Rechtsgeschäft in diesem Sinne aufzufassen. [112])

II.

Die zum Zwecke der Verwaltung erlassenen Normen, oder, wie die gegenwärtige Terminologie sie bezeichnet, die Verwaltungsverordnungen weisen, wie die Rechtsnormen, die objektiven Merkmale des Befehls (Gebot, Verbot, Gewährung) und eventuell des Zwanges auf. Sie können, wie die Rechtsnormen, entweder an Staatsorgane oder Staatsunterthanen, oder an beide zugleich erlassen sein.

In allen diesen Momenten unterscheiden sie sich nicht von den Rechtsnormen.

Allein ihre subjektive Seite ist anders geartet wie bei den letzteren; der Zweck einer Verwaltungsverordnung ist ein durchaus anderer wie der des Rechtssatzes.

Während nämlich der Rechtssatz subjektive Rechte und Pflichten der Willenssubjekte begründen will, zielt die Verwaltungsverordnung darauf ab, in Ausübung einer der Verwaltung bereits zustehenden Befugnis motivierend auf physische Personen einzuwirken und durch die Handlungen derselben Verwaltungszwecke zu erreichen [113]).

---

[112]) Laband S. 686 ff.

[113]) Die Verwaltungsverordnung wendet sich vorzugsweise an die Beamten, welche sie in Gestalt des Dienstbefehls anweist, einen konkreten Verwaltungsakt vorzunehmen

Die Verwaltungsverordnung bewegt sich stets innerhalb der Rechtsordnung, sie vermag neue Rechte und Pflichten des Staates und der Unterthanen nicht festzusetzen, weshalb sie auch, den Prinzipien des konstitutionellen Staates gemäß, grundsätzlich in der Verordnungsform, d. h. ohne Beteiligung der Volksvertretung, erlassen wird, ohne daß diese präsumtive Erscheinungsform ihre ausschließlich zulässige ist, wie wir sogleich sehen werden.

Es erhebt sich nun die hier zu erörternde Streitfrage auch bezüglich der Verordnungen im materiellen Sinne, der Verwaltungsverordnungen: Wie verhält es sich mit der „Substanz" einer materiellen Verordnung, wenn sie Aufnahme in ein formelles Gesetz findet? Ist die Verwaltungsnorm durch Anwendung der Gesetzesform Rechtssatz geworden, oder ist sie Verwaltungsakt geblieben?

Um der prinzipiellen Diskussion dieses Spezialfalles unserer Streitfrage näher zu treten, so ist hinsichtlich der Literatur zu bemerken, daß im Sinne der Theorie vom formellen Gesetz am weitesten gehen: Seligmann und Jellinek.

Ersterer sagt[114]: (Der Charakter der materiellen Verordnungen) „wird selbst durch Aufnahme in ein formelles Gesetz nicht ohne weiteres verändert".

Jellinek[115]) spricht sich folgendermaßen aus: „Verwaltungsverordnungen können in formelle Gesetze verwandelt werden, was stets zur Folge hat, daß nunmehr die Verwaltung nicht mehr selbständig über das Dasein der gesetzlich gewordenen Vorschriften verfügen kann. .... Hingegen kann eine Verwaltungsverordnung niemals in ein materielles Gesetz verwandelt werden.

[Laband hat sich in der zweiten Auflage seines „Staatsrechts" ebenfalls dieser Ansicht angeschlossen[116]), während er früher einen etwas abweichenden Standpunkt vertrat[117]), einen Standpunkt, der sich der gleich zu besprechenden Ansicht Rosin's insofern nähert, als danach die Aufnahme einer Verwaltungsnorm in ein formelles Gesetz stets ein Indizium für die Absicht des

---

bezw. angesichts eines bestimmten, abstrakt normierten Thatbestandes ihre Verwaltungsbefugnisse so oder so auszuüben: — sie kann aber auch den Staatsunterthanen bestimmte Handlungen oder Unterlassungen anbefehlen — innerhalb der Schranken, welche der Verwaltung in der Ausübung ihres Rechtes auf Gehorsam seitens der Unterthanen durch die Gesetze gezogen sind. — So entsprechen der Dienstpflicht des Beamten, der Gehorsamspflicht des Unterthanen zwei Kategorieen von Verwaltungsverordnungen.

114) Vgl. a. a. O. S. 107. — S. auch S. 76 ff.

115) a. a. O. S. 389.

116) Laband S. 590. 591 Anm. 1. 683. Hierüber Haenel S. 242.

117) Vgl. Laband, Staatsrecht, 1. Auflage, Bd. II, S. 68. Die Stelle ist vollständig zitiert und besprochen bei Seligmann S. 108.

Gesetzgebers ist, die Verwaltungsnorm zum Bestandteil der Rechtsordnung zu machen.]

Völlig abweichende Ansichten finden sich, hiergegen gehalten, bei Rosin und Haenel[118]).

„Die Verwaltungsverordnung", so führt Rosin[119]) aus, „welche Beziehungen der Verwaltung zum Einzelnen regelt, kann Gesetz werden (sc. Gesetz im materiellen Sinne), wenn sie von der Gesetzgebung ihrem Inhalte nach übernommen wird. Aber indem sie dann beiden Rechtspersönlichkeiten durch die Gesetzgebung als durch eine über ihnen stehende Potenz gesetzt ist, ist sie auch inhaltlich zu einer rechtlichen Abgrenzung der Rechtssphären beider geworden. Was bis dahin Selbstbindung der Verwaltung aus Zweckmäßigkeitsgründen war, hat sich jetzt formell und materiell zu einer Beschränkung derselben durch Rechtssatz gestaltet."

Noch schärfer und unzweideutiger spricht sich Haenel über das in Rede stehende Problem aus. Er schließt seine lange Polemik gegen Laband mit den Worten ab: „Eine Verwaltungsvorschrift in der Form des Gesetzes ist ihrer Natur nach Rechtssatz." [120])

Dies ist, mit wenigen Strichen gezeichnet, das Bild der gegenwärtigen Theorieen über den Charakter der Verwaltungsverordnungen in Gesetzesform.

Im Grunde wagt nur Haenel eine allgemeingültige Entscheidung, insofern er die theoretische Möglichkeit eines normativen Verwaltungsaktes in Gesetzesform von vornherein leugnet: die übrigen Autoren haben das Gemeinsame, daß sie eine befriedigende Lösung der Controverse nur für den konkreten Fall, nicht in begrifflicher Allgemeinheit für möglich erachten[121]).

Nach den oben[122]) gegebenen allgemeinen Ausführungen über das Wesen des Rechtssatzbegriffes dürfte der Standpunkt dieser Autoren in der That als der richtige anzuerkennen sein. Es bleibt, falls eine Verwaltungsvorschrift in die Form des Gesetzes gekleidet wird, festzustellen, ob die Gesetzesform aus

---

118) Ähnlich wie diese Beiden auch v. Sarwey bei Marquardsen I, 2 S. 26.

119) Rosin, Polizeiverordnungsrecht S. 21.

120) Haenel S. 246.

121) Dies gilt auch, und besonders, von Jellinek, obwohl er ja in der oben Note 115 zitierten Stelle leugnet, daß eine materielle Verordnung durch die Gesetzesform jemals in ein materielles Gesetz verwandelt werden könne; — gerade Jellinek weist sonst immer von Neuem darauf hin, daß die Grenze zwischen Rechtssetzung und Verwaltung schwer zu ziehen sei und die Entscheidung der Frage, wann ein materielles Gesetz vorliege und wann nicht, häufig nur für den konkreten Einzelfall erfolgen könne — S. Jellinek S. 242, 244, 245.

122) S. 34 ff.

Gründen und zum Zwecke der Rechtssetzung erfolgte, oder aus anderen Gründen, welche die subjektiven Erfordernisse des Rechtssatzbegriffes nicht erfüllen, und welche wir allgemein als politische bezeichnen können.

Die Rechtssetzungsabsicht des Gesetzgebers darf aber nicht allgemein aus der Anwendung der Gesetzesform überhaupt geschlossen werden. In dieser Beziehung irrt Rosin, wenn er aus dem Umstande, daß ein Gesetz von der den Rechtspersönlichkeiten — Verwaltung und Einzelne — gleicherweise übergeordneten Potenz, nämlich der „gesetzgebenden Gewalt“ erlassen ist, schließt, daß die in ein Gesetz aufgenommene Verwaltungsnorm für die Verwaltung selbst „objektives Recht“ werden müsse.

Es ist überhaupt nicht richtig, die „Gesetzgebung“ und „Verwaltung“ im konstitutionell-monarchischen Staate der Neuzeit als über- und untergeordnete „Gewalten“ zu betrachten [123].

Allerdings bringt es die Gesetzesform mit sich, daß ihr Inhalt durch Staatswillensäußerungen nicht legislativen Charakters nicht alteriert werden kann. Dieser Umstand kann uns aber nicht an der Erkenntnis irre machen, daß die „gesetzgebende“ und die „vollziehende“ Gewalt nur Erscheinungsformen der einen und unteilbaren Staatsgewalt sind. „Gesetzgebung“ und „Verwaltung“ sind im modernen Staat nur Formen seiner Willensbildung und -bethätigung, Formen, auf deren Inhalt es zunächst nicht ankommt.

In dieser Beziehung ist der Rechtssatz für das Gesetz so wenig ein Essentiale, als der Nicht-Rechtssatz für den Verwaltungsakt. Sofern nicht für Staatswillensäußerungen bestimmten Inhalts bestimmte Formen rechtlich vorgeschrieben sind, ist die Staatsgewalt in der Anwendung und Wahl dieser Formen nicht beschränkt: sie kann die Form des Gesetzes wählen, wo sie eben sowohl im Verordnungswege hätte vorgehen können.

So bei den hier in Rede stehenden Verwaltungsvorschriften in Gesetzesform. Der Umstand, daß der Gesetzgeber die letztere angewendet hat, beweist nicht, daß er einen Rechtssatz hat erlassen wollen, sondern zunächst nur, daß er Normen, welche nicht Rechtssätze sind, entweder zufolge rechtlicher (z. B. in der Verfassung vorgeschriebener) Verpflichtung, oder aus anderen Gründen (z. B. zur Verhinderung schwankender Verwaltungspraxis) formelle Gesetzeskraft beigelegt hat.

Haenel lehnt den Begriff der formellen Gesetzeskraft ab und setzt an dessen Stelle die „allgemeine Rechtsverbindlichkeit“ der Gesetze, welche seiner Ansicht nach eine Wirkung nicht der Gesetzesform, sondern des Gesetzesinhalts, nämlich des als der ersteren essentiell postulierten Rechtssatzes sein

---

[123]) Vgl. Laband S. 579, Jellinek S. 249.

soll. Die Verwaltungsvorschrift in Gesetzesform ist ihm „rechtsverbindlich für Alle, die es angeht", — also Rechtssatz[124]).

Den Deduktionen Haenel's muß vor Allem Eines entgegengehalten werden. Haenel schiebt die allgemeine Verbindlichkeit des Gesetzesbefehls, die lediglich eine Folge der Gesetzesform ist und als solche „Gesetzeskraft" genannt wird, auf das Wesen des Rechtssatzes. Nun sind aber die Wirkungen der Gesetzesform, die Merkmale der Gesetzeskraft zu verschiedenen Zeiten sehr verschieden gewesen, und in den verschiedenen Staaten noch jetzt sehr verschieden. Haenel begeht somit den Fehler, den Rechtssatzbegriff an eine ewig wechselnde und der Veränderlichkeit in der Geschichte der Staaten unterworfene positive Rechtserscheinung, den Umfang der formellen Gesetzeskraft, zu knüpfen, während doch der Rechtssatzbegriff von allen positiv-rechtlichen Gestaltungen unabhängig ist und über allem positiven Recht als Grundbegriff „des Rechtes" steht.

Der Begriff des Rechtssatzes war z. B. für Preußen vor der konstitutionellen Aera durchaus derselbe wie heute. Was damals nicht Rechtssatz war, ist es auch heute nicht: mag auch die Verfassung für den Erlaß der betreffenden Vorschrift die Einhaltung der Gesetzesform anbefohlen haben.

Da nun nicht zu leugnen ist, daß heutzutage mannigfach die Form des Gesetzes angewendet wird zum Erlaß von Normen, die im absolutistisch regierten Preußen kein Mensch für Rechtssätze hielt (finanzielle Maßnahmen, Budget, Grenzveränderungen), da ferner in verschiedenen Staaten die Ausdehnung der formellen Gesetzgebung verschieden ist, so muß Haenel entweder alle staatlichen Normen überhaupt für Rechtssätze erklären, oder zugeben, daß der Begriff des Rechtssatzes in Preußen jetzt ein anderer ist, als vor 1850, und ein anderer, wie noch heute in Bayern oder Sachsen.

Diese Einwände gegen Haenel dürften bestehen bleiben, auch wenn man seine Ausführungen im übrigen als richtig zugiebt.

Es sei wiederholt: die „Rechtsverbindlichkeit für Jeden, den es angeht" ist ein Merkmal des formellen Gesetzes, aber nicht des Rechtssatzes. Die Gesetzgebung ist im heutigen konstitutionellen Staate zunächst nur eine Form für seine Willensäußerungen. Die Gesetzesform ist insofern bevorzugt, weil sie durch Verordnungen nicht angreifbar ist. Dieser Umstand kann auch heute noch den Irrtum hervorrufen, als sei die „Gesetzgebung" eine der „Verwaltung" übergeordnete selbständige Potenz im Staate.

Ein Gesetz, in welchem der Verwaltung der Willenssphäre der Einzelnen gegenüber Schranken gezogen sind, enthält nicht um deswillen Rechtssätze,

---

[124]) Vgl. die eingehenden Ausführungen Haenel's S. 203—246.

weil die „gesetzgebende Gewalt" der Verwaltung etwa befiehlt, wie der Herr dem Diener, sondern darum, weil der moderne Staat, der Rechtsstaat, sich dem Rechte unterordnet und, selbst Schöpfer und Garant der Rechtsordnung, auch den an sich selbst erlassenen Rechtsbefehl als bindend und unverbrüchlich anerkennt.

Nicht die Verwaltung ist der Gesetzgebung untergeordnet, sondern die Staatsgewalt dem Recht.[125]

III.

Der von G. Meyer entwickelten, oben S. 22 ff. dargestellten Ansicht zufolge wäre jedes Gesetz, welches, ohne abstrakt gehaltene Regeln aufzustellen, lediglich einen konkreten Thatbestand normiert, als ein rein formelles Gesetz, als eine „Verfügung in Gesetzesform" anzusehen.

Diese Ansicht beruht, wie oben hervorgehoben und ausgeführt ist, auf einer theoretisch nicht zu rechtfertigenden Konstruktion des Rechtssatzbegriffes: dürfte man diese Konstruktion als richtig und zutreffend anerkennen, so würde allerdings die Entscheidung im Einzelfalle, ob ein materielles oder ein nur formelles Gesetz vorliegt, sehr vereinfacht und gleicherweise die Grenzziehung zwischen den materiellen Begriffen der Gesetzgebung und Verwaltung bedeutend erleichtert sein.

Aber leider können wir aus gewichtigen prinzipiellen Gründen dem Rechtssatz das Merkmal der Allgemeinheit nicht zusprechen und müssen nach anderen Kennzeichen dieses Begriffes suchen.

Hierüber ist oben, im zweiten Kapitel dieser Abhandlung, gesprochen worden.

Unter den sogleich zu besprechenden Verfügungen in Gesetzesform bilden die Mehrzahl Verwaltungsakte, welche insofern „lästige" Rechtsgeschäfte der Verwaltung darstellen, als sie dem Staate finanzielle Lasten auferlegen.

---

125) Dies geht auch aus einer interessanten, neuerdings von Jellinek (a. a. O. S. 261 ff.) beobachteten und ausführlich erörterten Erscheinung hervor: einer Erscheinung, welche gelehrt hat, daß nicht nur die Verwaltung, sondern auch die Gesetzgebung selbst durch Gesetze „gebunden" werden kann. Der Erlaß formeller und auch materieller Gesetze kann zu einer Rechtspflicht werden, wie die Vornahme eines Verwaltungsaktes. Hier zeigt sich wie nirgends anders die im modernen Staate allbeherrschende Potenz des Rechtes, dessen „großartigste Funktion sich darin zeigt, daß es sogar die Organe der freiesten Thätigkeit des Staates, die Gesetzgebung, beherrschen kann." (Jellinek S. 261). Die Jellinek'sche Theorie von der gebundenen Gesetzgebung darf freilich nicht als unbestritten gelten; vgl. die bei Jellinek S. 261 Anm. 1 Angeführten — sowie neuestens Zorn, in Hirth's Ann. 1889, S. 356.

Dieser Umstand darf nicht Wunder nehmen, denn es läßt sich ein allgemeiner konstitutioneller Grundsatz aufstellen, wonach die Verwaltung überall da, wo sie zur Durchführung ihrer Aufgaben finanzieller Mittel bedarf, nur in Übereinstimmung mit der Volksvertretung handeln kann.[126])

Die Verfassungen des Deutschen Reiches und Preußens tragen diesem Grundsatze Rechnung, indem sie eine Anzahl wichtiger und zwar vornehmlich finanzpolitisch wichtiger Verwaltungsakte, welche an sich als Regierungsverfügungen zu erlassen wären, an formelle Gesetze binden, für ihren Erlaß den „Weg der Gesetzgebung" vorschreiben.

So vor Allem die Aufstellung des Staatshaushaltsetats, die Aufnahme von Anleihen und Übernahme finanzieller Garantieen[127]), Staatswillensakte, welche Ähnlichkeit haben mit wirtschaftlichen Maßnahmen der Einzelnen und der Verwaltungs-, nicht der Rechtssetzungsfunktion des Staates angehören.

Als Beispiele für Verfügungen der vorstehend bezeichneten Art mögen einge, beliebig aus dem Reichsgesetzblatt und der preußischen Gesetzsammlung herausgegriffene formelle Gesetze dienen:

1. Reichsgesetz vom 26. April 1871.[128])

§ 1. „Der Bundeskanzler wird ermächtigt, zur Bestreitung der durch den Krieg veranlaßten außerordentlichen Ausgaben Geldmittel ..... flüssig zu machen und zu diesem Zwecke eine ..... Anleihe aufzunehmen und Schatzanweisungen auszugeben." (Anleihegesetz.)

2. Gesetzliche Ermächtigungen zum Abschluß von Kaufs-, Verkaufsgeschäften, Werkverdingungen, Auslobungen, z. B.:

a. R.-Gesetz vom 1. Mai 1874:[129]) „Der Reichskanzler wird ermächtigt zum Ankaufe des in Berlin in der Linkstraße Nr. 44 belegenen Grundstückes ..... einen Betrag bis zur Höhe von 168,000 Thlr. zu verwenden."

b. Preuß. Ges. vom 23. Februar 1885.[130])

§ 1. „Die Staatsregierung wird ..... zur käuflichen Übernahme der (Halle-Sorau-Gubener) Eisenbahn ..... ermächtigt."

c. R.-Ges. vom 30. Mai 1873.[131]) Art. V: „Die im Besitze der Militärverwaltung befindlichen Grundstücke ..... werden für Rechnung des Reichs veräußert."

---

[126]) Die politische Tragweite dieses Grundsatzes ist eine sehr große; so groß, daß die Verwaltung thatsächlich überall da an formelle Gesetze gebunden ist, wo der Staatssäckel in Frage kommt, und nur da vollkommen frei, wo es sich um Verwaltungsakte handelt, die nichts kosten.

[127]) Vgl. Reichsverf. Art. 69. 73. Preuß. Verf. Art. 99. 103.

[128]) R.-G.-Bl. S. 91. [129]) R.-G.-Bl. S. 39. [130]) G.-S. S. 43. [131]) R.-G.-Bl. S. 123.

d. R.-Ges. vom 24. Mai 1871.[132]) „Der Reichskanzler wird ermächtigt, die Kosten der Ausfertigung der ..... Kriegsdenkmünzen zu bestreiten."

e. R.-Ges. vom 6. April 1885.[133])

§ 1. „Der Reichskanzler wird ermächtigt, die Einrichtung und Unterhaltung von regelmäßigen Postdampfschiffsverbindungen ..... an geeignete deutsche Unternehmer ..... zu übertragen."

f. R.-Ges. vom 23. Dezember 1888[134]): „Zu einer Preisbewerbung für das Sr. Majestät dem Hochseligen Kaiser Wilhelm I, dem Gründer des Reiches, zu errichtende Denkmal wird eine Summe von 100 000 Mark zur Verfügung gestellt. Der Reichskanzler wird ermächtigt" u. s. w.

3. Schenkungs- und Dotationsgesetze.

a. R.-Ges. vom 12. Juli 1884[135]): „Der ..... Generalstabsstiftung wird der Reingewinn überwiesen, welcher über die Summe von 300 000 Mark hinaus aus dem Verkaufe des Werkes (nämlich der vom Generalstabe herausgegebenen Geschichte des deutsch-französischen Krieges) erzielt worden ist, und noch erzielt werden wird."

b. Preuß. Ges. vom 11. März 1872[136]) § 1: „Dem kommunalständischen Verbande des Regierungsbezirks Wiesbaden wird die Summe von jährlich 142 000 Thalern eigentümlich überwiesen."

c. Preuß. Ges. vom 17. April 1885[137]): „Um den hinterbliebenen beiden Kindern des im Januar d. J. zu Frankfurt a. M. ermordeten Polizeirates Rumpff eine angemessene Versorgung zu sichern, wird jedem derselben eine jährliche Rente von 2745 Mark aus Staatsmitteln hierdurch ausgesetzt."

4. Bürgschaftsgesetze, z. B. Preuß. Ges. vom 13. März 1867[138]): „Der Berlin-Stettiner Eisenbahngesellschaft wird Behufs des Baues und Betriebes ..... die Garantie des Staates für einen jährlichen Reinertrag von 3½ % des in diesem Unternehmen anzulegenden Kapitals ..... bewilligt."

In den vorstehend angeführten Gesetzen sind Normen enthalten, Individual-Befehle, erlassen an die Verwaltungsbehörden zum Zwecke der Durchführung eines Rechtsgeschäfts, also eines Verwaltungsaktes innerhalb der geltenden Rechtsordnung. Alle diese Akte waren bereits im vorkonstitutionellen Staate des öfteren Gegenstand von Staatswillenserklärungen; und wer hätte, um auf einen schon oben angedeuteten Gedanken zurückzukommen, damals daran gedacht, daß der König von Preußen, wenn er beispielsweise die Aufnahme einer Staatsanleihe befahl, „Recht setzte". Jedermann würde diesen Akt für

---

132) R.-G.-Bl. S. 103. 133) R.-G.-Bl. S. 85. 134) R.-G.-Bl. S. 299. 135) R.-G.-Bl. S. 119.

136) G.-S. S. 257. 137) G.-S. S. 116. 138) G.-S. S. 457.

einen „Regierungsakt" im engeren Sinne, eine Verwaltungshandlung erklärt haben.

Die Substanz dieses Regierungsaktes ist noch heute dieselbe wie damals; wie ist es also zu denken, daß, weil der Monarch jenen Akt heute nur mit Zustimmung der Volksvertretung vornehmen darf, diesem formellen Gesetze die Qualität eines Rechtssatzes zuzusprechen ist?[139])

Um die Bedeutung der Gesetzesform für den Erlaß solcher Verfügungen zu verstehen, muß man in Erwägung ziehen, was die deutschen Verfassungen, insbesondere die Preußische, wollen, wenn sie in jenen Fällen staatlicher Verwaltungsthätigkeit den „Weg der Gesetzgebung" vorschreiben. Sie bezwecken damit nichts anderes und nicht mehr, als daß die Regierung jene Verwaltungsakte nur mit Zustimmung der Volksvertretung vornehmen solle, nicht aber, daß derartige Regierungsverfügungen nunmehr zur Rechtssetzungsfunktion und nicht mehr, wie bisher, zur Verwaltung gehören sollen. Die Volksvertretung sollte prinzipiell stets bei Akten der Rechtssetzung und — ausnahmsweise — auch bei Vornahme wichtiger Verwaltungsakte direkt beteiligt sein.

Auch Haenel giebt zu[140]), daß in keinem konstitutionellen Staate die Volksvertretung auf eine Mitwirkung bei der Gesetzgebung (sc. im materiellen Sinne) beschränkt sei, sondern sowohl in der preußischen, als in der Reichsverfassung die Zustimmung des Parlamentes auch bei einer Anzahl wichtiger Verwaltungshandlungen erfordert werde. In den Fällen letzterer Art läge indessen der „Weg der Gesetzgebung" nicht vor. Haenel führt als Beispiel an den Abschluß von Staatsverträgen, welcher in gewissen Fällen der Genehmigung der Volksvertretung zu seiner Gültigkeit bedürfe[141]). Hier läge thatsächlich der Fall vor, daß ein Verwaltungsakt (Abschluß eines Vertrages) mit Zustimmung der Volksvertretung erlassen würde; von der Form des Gesetzes sei aber hierbei keine Rede. „Allerdings", fährt Haenel fort, „und zweifellos, der Gesetzgeber hätte den nämlichen thatsächlichen Erfolg auch auf andere Weise

---

139) Thon, A. f. ö. R. Bd. V. S. 166, giebt zu, daß die Anleiheaufnahme ein Verwaltungsakt war und noch ist, erklärt aber die Anordnung, eine Anleihe aufzunehmen, für einen Rechtssatz. Eine derartige Anordnung sei auch zu Zeiten der absoluten Monarchie ein Rechtssatz gewesen, einfach deshalb, weil dieser Anordnung Gehorsam geschuldet worden sei. — Thon identifiziert, wie Zorn und Haenel, die Begriffe „Norm" und „Rechtssatz" und übersieht wie Diese, daß das Moment des Gehorsam heischenden Befehls ein Merkmal, aber nicht das einzige — des Rechtssatzbegriffes ist.

140) Vgl. Haenel S. 158.

141) Vgl. Reichsverf. Art. 11. Preuß. Verf. Art. 48.

erreichen können. Er hätte z. B. die Vertagung der Volksvertretung[142] .... die Begnadigung verurteilter Minister[143], die Annahme fremder Kronen[144] an ein Gesetz binden können. Aber er hätte es nur thun können unter voller Umkehr der rechtlichen Grundlage...... Er hätte dann vielmehr den König als zu diesen Akten verfassungsmäßig nicht kompetent und der gesetzlichen Ermächtigung von Fall zu Fall bedürftig erklären müssen." Dieser Fall läge vor bei den Anleihe-, Garantie- u. s. w. Gesetzen.

Diesen Deduktionen Haenel's gegenüber drängt sich sofort die Frage auf: Hat denn die preußische Verfassung, wenn sie bei einer Reihe von Verwaltungsakten die „Form des Gesetzes", den „Weg der Gesetzgebung", bei einer anderen Reihe nur die „Zustimmung" oder „Genehmigung" der Volksvertretung vorschreibt, wirklich im einen Falle das „Umgekehrte" beabsichtigt, als im anderen? M. E. will sie in beiden Fällen ganz dasselbe, nämlich die Anteilnahme der Volksvertretung an wichtigen Regierungshandlungen[145], nur daß der „Weg der Gesetzgebung" der Volksvertretung ein weitergehendes Mitwirkungsrecht sichert, als das vage „Genehmigungs"- oder „Zustimmungs"-Recht.

Ich glaube andererseits behaupten zu können, daß man sich zur Zeit des Erlasses der preußischen Verfassungsurkunde überhaupt über den Begriff des Rechtssatzes einerseits und des Gesetzes andererseits noch nicht so klar war, daß man bei gewissen Verwaltungsakten ein „gesetzgeberisches Mitwirkungsrecht", bei anderen aber ein hiervon rechtlich verschiedenes „Zustimmungs"- oder „Genehmigungs"-Recht des Landtages einführen wollte.

Man bezweckte offenbar nichts anderes, als den Kammern einen Einfluß auf die Verwaltung zu sichern, und verlieh diesem politischen Gedanken dadurch Ausdruck, daß man für gewisse Regierungsakte die „Form des Gesetzes", den „Erlaß im Wege der Gesetzgebung", für andere die „Zustimmung", „Genehmigung", „Einwilligung", den „Antrag" der Kammern erforderte. Wenn Haenel[146] einwendet, im ersteren, und nur im ersteren Falle sei der König zur selbständigen Vornahme des betreffenden Verwaltungsaktes nicht kompetent, so muß die Frage zurückgegeben werden: Ist denn der König etwa zur Vornahme anderer Verwaltungsakte, die nach der Verfassung „nur" an die „Genehmigung" der Kammern gebunden sind, kompetent? Liegt der Fall nicht

---

142) RVf. Art. 26. Pr. Vf. Art. 52.

143) Pr. Vf. Art. 49 Abs. 2.

144) Pr. Vf. Art. 55.

145) Über das Recht der „Genehmigung" und das Verhältnis desselben zum Gesetzgebungsverfahren nach Reichsstaatsrecht vgl. Laband S. 278 ff.

146) S. 153.

vielmehr hier wie dort so, daß der König eben nicht selbständig, sondern nur ganz allgemein ausgedrückt, in Übereinstimmung mit den Kammern handeln soll?

Die Gesetzesform ist für die in Rede stehenden Verwaltungsverfügungen nur vorgeschrieben, um der Volksvertretung ein Mitwirkungsrecht bei ihrem Erlasse zu sichern. Dieser politische Gesichtspunkt involviert aber keinesfalls eine Umkehrung des rechtlichen Charakters jener Verfügungen. Sie sind Verwaltungsnormen geblieben, nicht Rechtssätze geworden. Den Bestimmungen der Verfassungsurkunde, welche für solche Fälle die „Form des Gesetzes" fordern, kann daher kein anderer Sinn untergelegt werden, als der, daß die staatliche Willensbildung, wie bei Rechtssetzungsakten, gemeinschaftlich durch König und Kammern, die staatliche Willenserklärung aber durch die königliche Sanktion erfolgen soll [147]). Wenn bei Gesetzen, wie die hier in Rede stehenden, ein Rechtssetzungszweck nicht nachweisbar ist, so muß gleichwohl daran festgehalten werden, daß diese Verfügungen in Gesetzesform Normen enthalten. Dies ist schon oben erwähnt worden und wir kommen darauf zurück.

Der Normcharakter jener Gesetze ist daraus ersichtlich, daß sie ausnahmslos menschliche Willenshandlungen bindend anbefehlen bezw. zu denselben ermächtigen; ihr Wesen ist die allen Normen eigentümliche Motivation.

Und in dieser Beziehung scheint mir Laband fehl zu gehen, wenn er von Gesetzen spricht, welche „ein konkretes Rechtsverhältnis" zum Inhalte haben, „z. B. die Ermächtigung zum Abschluß einer Anleihe, eines Kaufes oder Verkaufes, einer Schenkung, einer Bürgschaftsübernahme und dgl., oder die Erteilung einer Decharge, Indemnität, Ratihabition ....": [148]), kurz, legislatorische Erscheinungen der Art, wie die oben S. 60 ff angeführten. Laband sieht in einem Gesetz, welches die Regierung zum Abschluß eines Vertrages ermächtigt, wenn ich ihn recht verstehe, eine zivilrechtliche Vollmacht, den Thatbestand des Mandats-Rechtsverhältnisses, und reiht Gesetze dieser Art unter die rein formellen, weil sie ein „Rechtsverhältnis", keine Norm zum Inhalte haben.

Dies scheint mir unzutreffend zu sein. „Befehle" und „Ermächtigungen", an die Regierung erlassen, deuten nicht auf ein Mandatsverhältnis, sondern auf eine staatliche Norm. Wendungen wie: „Der Staatsregierung wird ein Fonds von 10 Millionen zu dem und dem Zwecke zur Verfügung gestellt" sind nicht als die Erklärung einer Schenkung aufzufassen, vielmehr liegt in

---

[147]) So Laband, Budgetrecht S. 8. Vgl. aber Haenel S. 154.

[148]) Vgl. Laband S. 579. Gegen ihn, freilich viel zu weit gehend, Haenel S. 267 ff. Zutreffend dagegen Jellinek S. 247. 248.

solchen und anderen Fällen ein bindendes Individualgebot vor, welches bereits bestehende Verwaltungsbefugnisse näher regelt und ihre Ausführung im Einzelfall feststellt. Die oben wiederholt angezogene Analogie zwischen Rechtsgeschäft und Verwaltungsakt darf nicht dazu verleiten, Verwaltungsvorschriften, denen vielleicht grammatisch die Form des Imperativs fehlt, die aber das Kennzeichen der Norm: Motivation durch Gebot, Verbot und Gewährung aufweisen, als Vollmachtsaufträge, Schenkungen u. s. w. anzusehen.

Wir können also bei unserm theoretischen Standpunkte nur stehen bleiben: Formelle Gesetze wie die hier in Rede stehenden sind nicht Rechtssetzungs-, sondern Verwaltungsakte. Sie enthalten fraglos Normen, aber Normen, deren nächster Zweck sich auf die Durchführung eines Verwaltungsaktes innerhalb der der Verwaltung zustehenden Befugnisse richtet.

Zu einem von der hier vertretenen Ansicht gänzlich abweichenden Resultate gelangt bezüglich der besprochenen Verfügungen in Gesetzesform Haenel. Er wendet sich mit voller Schärfe gegen die Auffassung Laband's, wonach z. B. ein Anleihegesetz die Initiativhandlung zum Abschluß eines Darlehensvertrages, also eine Verwaltungsmaßregel, somit keine Norm bezw. Rechtsnorm sei; — eine Auffassung, die, soweit sie unrichtig erscheint, soeben einer Kritik unterzogen worden ist. Haenel sagt, bezugnehmend auf Gesetze der Art, wie die oben S. 61 angeführten: „In allen diesen Gesetzen wird mit einer Deutlichkeit, die nicht nur mir jede andere Deutung unverständlich gemacht hat, die objektivrechtliche Ermächtigung oder Vorschrift geschaffen, welche .... die Kompetenz des Reichskanzlers begründet, um darauf hin die angegebenen Rechtsgeschäfte schließen zu können. Aber das Rechtsgeschäft selbst, welches abgeschlossen werden soll, ist vollkommen verschieden von den gesetzlichen Bestimmungen ....."[149]

Die diesen Ausführungen zu Grunde liegende Anschauung identifiziert, wie dies der Haenel'schen Darstellung schon öfters nachgewiesen wurde, Norm und Rechtssatz. Weil in jenen Gesetzen, welche die Ausführung von Verwaltungsakten vorschreiben, bezw. dazu ermächtigen, objektiv Gebote und Gewährungen enthalten sind, unterstellt Haenel, daß diese Gebote und Gewährungen Normen des objektiven Rechts sind. Diese Unterstellung ist aber nicht sachgemäß, da, wie oben gezeigt wurde, das Gesetzgebungsorgan, wenn es zur Aufnahme einer Anleihe „ermächtigt", den Bau eines Gebäudes „vor-

---

[149]) Haenel S. 267.

schreibt", nicht Recht setzt, sondern sich lediglich seines ihm verfassungsmäßig zustehenden Rechtes der Mitwirkung bei gewissen Verwaltungshandlungen bedient.

Die Verfassungsartikel freilich, welche für die Anleihe= rc. Gesetze die Gesetzesform fordern, sind Rechtssätze; auf sie finden die vorhin zitierten Worte Haenel's mit Recht Anwendung, denn diese Verfassungsbestimmungen gewähren den konstitutionellen Gesetzgebungsorganen das Recht, ausnahmsweise bei Verwaltungsmaßregeln mitzuwirken; — sie verbieten ebenmäßig der Verwaltung, die diesbezüglichen Akte, zu denen sie präsumtiv zuständig sein würde, selbständig vorzunehmen.

Hierin sehe ich mit nicht mißzuverstehender Deutlichkeit den Willen der Verfassung ausgeprägt, daß die auf Grund der in Art. 73 der Reichsverfassung und Art. 103 der Preußischen Verfassung enthaltenen objektivrechtlichen Vorschriften zu erlassenden formellen Gesetze Verwaltungsakte sind, welche der Verwaltung entzogen und auf den „Weg der Gesetzgebung" verwiesen sind. Dem Gesetzgebungsorgan sind nach dem Verfassungsrecht Teile der materiellen Verwaltungsfunktion zur Wahrnehmung überwiesen und gerade deshalb treten die diesbezüglichen Individualgesetze in ihrer materiellen Natur in einen scharfen Gegensatz zu den ihren Rechtsgrund bildenden materiellgesetzlichen Verfassungsartikeln und erscheinen als Verwaltungsakte in Gesetzesform.

Wenn Haenel's Ansicht bezüglich der Anleihe= und ähnlicher Gesetze aus vorstehend angeführten Gründen als durchaus unzutreffend bezeichnet werden muß, so dürften andererseits die Ausführungen desselben Schriftstellers über eine andere Art von Individualgesetzen, die sog. Indemnitätsgesetze, auf Zustimmung rechnen.[150])

Wenn nämlich der Gesetzgeber der Regierung für einen von ihr begangenen Rechtsbruch Indemnität erteilt, so ist ein solches Individualgesetz nicht als „Rechtsgeschäft" in dem Sinne wie die oben besprochenen Verfügungen in Gesetzesform aufzufassen, und sind insbesondere die privatrechtlichen Kategorieen der „Decharge" oder „Ratihabition" auf jene Gesetze nicht anwendbar.[151])

Vielmehr greift hier der Gesichtspunkt der staatsrechtlichen Dispensation ein: Aufhebung der Folgen einer Rechtsnorm für den konkreten Fall.

Solche Indemnitätsgesetze sind z. B. das vielberufene Preußische Gesetz

---

150) Vgl. Haenel S. 268 ff.

151) So Laband S. 579 und ihm folgend Seligmann S. 82.

vom 14. September 1866[152]) und das Reichsgesetz vom 10. September 1883.[153]) „Das Indemnitätsgesetz", bemerkt Haenel[154]) zutreffend, „beseitigt für den zutreffenden Fall die Geltung der Rechtssätze, kraft deren von einem Organe des Staates als dessen subjektives Recht eine Verantwortlichkeit gegenüber einem andern Organe als dessen subjektive Pflicht in Anspruch genommen werden kann, — und weil es diese Rechtssätze außer Anwendung setzt, darum enthält es selbst Rechtssätze."

Die in den Indemnitätsgesetzen erlassenen Normen zeigen nun somit, in interessantem Gegensatze zu den oben besprochenen Verfügungen in Gesetzesform, den staatlichen Rechtssetzungszweck; sie sind als Rechtssätze aufzufassen, weil sie den Willen der Rechtsordnung im Einzelfall ändern bezw. aufheben; — sie enthalten so gut Rechtssätze wie alle in Gesetzesform auftretenden Dispensationen, Privilegien, Deklarationen und authentische Interpretationen der geltenden Gesetze.[155])

In den gegenwärtigen Zusammenhang würde auch die Besprechung der staatsrechtlich hervorragendsten und politisch bedeutsamsten Verfügung in Gesetzesform gehören. Es ist dies jene Erscheinung, an welcher sich die Theorie von Gesetz im formellen und materiellen Sinne gleichsam entwickelt hat: das Etatgesetz. Es ist eine Individualnorm, denn es regelt einen Einzelthatbestand: die Aufstellung des Wirtschaftsplanes für die Zeiteinheit der Staatsverwaltung: die Finanzperiode. Es ist kein Rechtssatz, sondern charakterisiert sich durch seinen Zweck als Verwaltungsnorm, denn „es erteilt nicht der Regierung das Recht zur Finanzverwaltung"[156]), sondern normiert — und zwar nur vom finanziellen Standpunkte aus — die Durchführung der staatlichen Verwaltungsaufgaben innerhalb der durch die Rechtsordnung festgestellten Befugnisse der Verwaltung.

Auch hier ist, wie bei den bisher besprochenen wichtigen Verwaltungsakten, das Mitwirkungsrecht der Volksvertretung dadurch verfassungsmäßig begründet, daß die „Feststellung des Etats" für die Verwaltungsperiode durch ein Gesetz erfolgen muß.

---

152) G.-S. S. 563. 153) R.-G.-Bl. S. 303. 154) S. 270.

155) Hierher gehören z. B. die auf Grund des Art. 49 Abs. 3 zu erlassenden Gesetze betr. Niederschlagung von Strafprozessen, ferner Änderungen der Thronfolgeordnung für den konkreten Fall, Einsetzung einer Regentschaft u. s. w. Die Grenzlinie zwischen Verfügung und Individualrechtssatz ist allerdings zuweilen schwer zu ziehen.

156) Jellinek S. 292.

Gerade über die rechtliche Natur dieses Etatgesetzes ist der Streit am heftigsten entbrannt. Die Gründe aber, aus denen die Einen die materiell-gesetzliche Natur des Etatgesetzes folgern, und die Momente, auf Grund deren Andere das Gegenteil behaupten — sie sind keine andern als die, welche in der vorliegenden Darstellung der Verwaltungsnormen in Gesetzesform besprochen sind: die Gruppierung der streitenden Parteien ist hier keine andern, als bei dem Streit über die Theorie von Gesetz im formellen und materiellen Sinne überhaupt.

Andererseits aber bietet die Anwendung der modernen Gesetzestheorie auf das Phänomen des Etatgesetzes eine Anzahl neuer und eigenartiger Gesichtspunkte[157]), so daß es angezeigt erscheint, auf dogmatische Erörterungen hinsichtlich dieser in mehr als einer Beziehung alleinstehenden legislatorischen Erscheinung hier nicht einzugehen, sondern dieselbe einer besonderen Darstellung vorzubehalten.[158])

IV.

Nachdem wir zuletzt eine Reihe von formellen Gesetzen betrachtet haben, welche das Gemeinsame hatten, daß sie konkrete Einzelthatbestände regelten, und mit Rücksicht darauf, daß sie der staatlichen Verwaltungsfunktion angehörten, als Verfügungen in Gesetzesform zu bezeichnen waren, gehen wir jetzt zur Betrachtung solcher Normen über, die das „Naturale" des Rechtssatzes, die Allgemeinheit der Anordnung zwar aufweisen, aber dennoch aus ähnlichen Gründen wie die bisher besprochenen formellen Gesetze nicht als Rechtssätze zu bezeichnen sind.

---

[157]) Es sei lediglich angedeutet, daß die Auffassung des Etatgesetzes als materielle Verwaltungsnorm nur im Großen und Ganzen richtig ist. Das Etatgesetz kann unter Umständen nicht-normativen Gesetzesinhalt, Verwaltungs- und Rechtsnormen in sich vereinigen. Z. B. sind die etatgesetzlichen Veranschlagungen über zu erwartende, ungewisse Einkünfte nur Mutmaßungen, legislatorische Monologe, aber keine Normen. Vgl. oben Note 81 und G. Meyer bei Grünhut VIII S. 47. Andererseits liegt ein Rechtssatz vor, wenn durch das Etatgesetz den Unterthanen neue Steuern auferlegt werden. Vgl. hierüber Seligmann S. 85 Anm. 1. —

[158]) Die Literatur über das Etatgesetz und seine staatsrechtliche Natur findet sich bei Laband 1. Aufl. III, 2 S. 339, Anm. — Aus der neuesten Literatur sind hervorzuheben: Jellinek S. 276 ff. und über ihn: Zorn in Hirth's Ann. 1889 S. 363 ff., Seligmann S. 83 ff., G. Meyer bei Grünhut VIII S. 1 ff., Derselbe, Staatsrecht, 2. Aufl. S. 606 ff., H. v. Schulze-Gävernitz, Pr. Stsr., 2. Aufl. II S. 211 ff., Prazak in A. f. öff. R. II S. 441 ff. Gegen alle diese neuestens Haenel in eingehendster Darstellung, a. a. O. S. 291 ff.

Trat uns im vorigen Abschnitt der Gegensatz zwischen Verfügung und Individualrechtssatz entgegen, so wird im Folgenden die Grenzlinie zwischen den Begriffen der allgemeinen Rechtsnorm und der Verwaltungsverordnung im Einzelnen zu ziehen sein.

Der Gegensatz zwischen dem engeren Begriffe des Rechtssatzes und dem weiteren der staatlichen Norm, wie er oben S. 34 ff. theoretisch entwickelt worden ist, tritt namentlich da hervor, wo die Allgemeinheit des Befehls, die Form des Gesetzes, ja die scheinbar zum Zwecke der Rechtssetzung erfolgte Abgrenzung verschiedener Willenssphären durch die Norm für das Vorhandensein eines Rechtssatzes, eines materiellen Gesetzes zu sprechen scheint, aber trotzdem die subjektiven Merkmale der Norm als die eines Verwaltungsaktes, nicht als die eines Rechtssatzes bezeichnet werden müssen.

Es tritt uns auf diesem Gebiete der Begriff der allgemeinen Verwaltungsvorschrift oder, wie synonyme technische Ausdrücke lauten, der materiellen Verordnung, der Verwaltungsverordnung entgegen.

Es ist hier nicht der Ort, den Begriff, das Wesen und die Arten der Verordnung näher zu erörtern.[159]) Es sei nur daran erinnert, daß man mit dem Ausdruck „Verordnung" gerade wie mit dem Worte Gesetz zunächst nur eine Form der staatlichen Willensäußerung versteht und dabei außer Betracht läßt, daß Zweck und Inhalt der in Verordnungsform erlassenen Bestimmungen, der formellen Verordnungen, wie man kurz sagt, sehr verschiedenartig sein kann, — entsprechend der Variabilität des Inhaltes der formellen Gesetze. Demgemäß kann man, wie dort, zwischen Verordnungen mit verbindlichem Inhalt und unverbindlichen Verordnungen unterscheiden und vor Allem, unter Anwendung eines anderen Trennungsgrundsatzes, die Kategorieen der Rechts- und der Verwaltungsverordnung aufstellen.

Die Kriterien, welche für die Scheidung zwischen den Gesetzen im formellen und materiellen Sinne den Ausschlag geben, sind dieselben, welche auch für die Grenzziehung zwischen den beiden Verordnungsarten maßgebend sind. Es gilt auch hier, den Rechtssatz aus dem umfassenden Normbegriff herauszuheben.[160])

---

[159]) Vgl. statt Aller: Jellinek S. 366 ff. 384 ff. S. auch die oben, S. 55 ff., gemachten Bemerkungen.

[160]) Eine weit verbreitete und nicht unberechtigte Terminologie gebraucht die Ausdrücke „Verwaltungsakt" und „Verordnung", (beide im materiellen Sinne) als Synonyma, wobei also auch nicht-normative Äußerungen des Verwaltungswillens als Verordnungen bezeichnet werden, — z. B. Proklamationen, Bekanntmachungen, Auslobungen. Dieser Terminologie ist auch im Text gefolgt worden, als die Möglichkeit nicht-normativer Verordnungen in Betracht gezogen wurde. In diesem Abschnitt soll jedoch der Ausdruck Verwaltungsverordnung

Das Wesen der Verwaltungsverordnung (worunter wir hier und im Folgenden stets die zu Verwaltungszwecken erlassene allgemeine Vorschrift verstehen) anlangend, so macht Jellinek[161]) mit Recht darauf aufmerksam, daß „Verwaltung", sofern sie nicht das Moment des staatlichen Zwanges enthält, eine Funktion ist, die von jeder Privatperson ausgeübt werden kann. „Schulen, Spitäler, Akademieen, Museen stiften und verwalten, Straßen bauen, Arme versorgen u. s. w. sind Thätigkeiten, die der Einzelne und Corporationen so gut ausüben können, wie der Staat. — — — Soweit die Dispositionsfähigkeit reicht, soweit geht ihr Verwaltungsrecht. Wer ein Verfügungsrecht besitzt, der hat aber auch ein Recht, die Verfügungen zu generalisieren, d. h. ein Verordnungsrecht. Daher hat jede verwaltende Persönlichkeit ein Verordnungsrecht."

Das Wesen der Verwaltungsverordnung ist in diesen Sätzen treffend gekennzeichnet. Die Verwaltungsverordnung ist der Ausfluß einer Staatsfunktion, welche an sich nicht inhaltlich verschieden ist von der Lebensthätigkeit des Einzelnen oder der Korporation.[162])

Die Natur des Staates als Rechtssubjekt, als Persönlichkeit, wie man zu sagen pflegt, tritt besonders hervor, wenn man die verwaltende Staatsthätigkeit ins Auge faßt.[163])

Was nun die Richtung der in der Verwaltungsverordnung enthaltenen Befehles anlangt, so ist bereits oben[164]) darauf hingewiesen worden, daß die Verwaltungsvorschriften sich vorzugsweise an die Staatsorgane, die Behörden und Beamten, richten, aber auch eben so gut an die Unterthanen erlassen werden können.

Wenn die Autorität der Rechtsnormen aus ihrem Wesen selbst folgt und Jedermann, den es angeht, den Rechtsnormen Gehorsam leisten muß, so folgt der Umstand, daß einer Verwaltungsnorm gehorcht werden muß, nicht direkt aus ihrer Natur, sondern indirekt, vermittelst des Rechtssatzes, daß die Verwaltung bezüglich ihrer Anordnungen das Recht auf Gehorsam hat; diesem Recht entspricht einerseits die Dienstpflicht der Beamten, andererseits die allgemeine Gehorsamspflicht des Staatsbürgers.[165])

---

in einem ebenso gebräuchlichen engeren Sinne benutzt werden, nämlich in dem Sinne von allgemeiner Verwaltungsvorschrift. S. oben S. 70.

[161]) Vgl. S. 385.

[162]) Bereits oben S. 53 ff. angeführt.

[163]) Völlig anderer Ansicht Haenel S. 231 ff.

[164]) S. 55 und Note 113.

[165]) Nicht zu verwechseln hiermit sind Kundmachungen der Verwaltungen staatlicher Anstalten, in welchen bekannt gemacht wird, unter welchen Bedingungen die Anstalt

Hieraus erhellt, daß die Richtung des Befehls an die Unterthanen kein ausschließliches Merkmal des Rechtssatzes ist, wie Seligmann[166]) will. — Ein für den Umstand, daß sich Verwaltungsvorschriften auch an die Staatsunterthanen richten können, öfter gebrauchtes Beispiel ist die Verordnung der Steuerbehörde, wonach die Steuerzahler ihres Verwaltungsbezirks an den und den Tagen und Stunden ihre Steuern entrichten müssen. Hiermit ist keine Rechtsverordnung erlassen; der Zweck dieser Vorschrift ist, obwohl sie sich an die Unterthanen richtet, zweckmäßige Regelung der Thätigkeit und des Dienstbetriebes der Behörden, — also ein administrativer Gesichtspunkt.

Wenngleich durch Verwaltungsverordnungen nicht nur die Interessen der Einzelnen in jeder Weise beeinflußt werden können, sondern auch in die Rechte und Pflichten der Letzteren durch Anordnungen der Verwaltung häufig eingegriffen wird, so sind diese Eingriffe doch indirekter und sekundärer Natur. Die Thatsache solcher Reflexwirkungen der Verwaltungsverordnung kann uns an dem allgemeinen Grundsatze nicht irremachen, Rechtssätze nur dort anzunehmen, wo die Abgrenzung der Willenssphären verschiedener Rechtssubjekte primär beabsichtigte Zweckfolge einer Norm ist.[167])

Die Hauptaufgabe der Verwaltung ist nun zunächst die Herstellung des Behördenapparates, vermittelst dessen sie ihre Zweckthätigkeit ausübt; — die Regelung der Staatsorganisation durch organisatorische Vorschriften kann Gegenstand einer Verwaltungsverordnung sein. Die Einkleidung einer solchen Organisationsverordnung in die Gesetzesform ist ohne rechtliche Veränderung ihrer Substanz möglich.

Mit diesen Aufstellungen betreten wir ein neues Gebiet des weiten Kampfplatzes, auf dem sich der Streit über die Berechtigung der modernen Gesetzestheorie abspielt. Die Streitfrage läßt sich hier dahin formulieren: Ist die Staatsorganisation ein Bestandteil der Rechtsordnung? sind die Vorschriften, welche die organische und die funktionelle Seite der Staatsgewalt betreffen, begrifflich und aprioristisch als Rechtssätze aufzufassen?[168])

---

u. s. w. in Verkehr mit dem Publikum tritt. Hiermit ist kein staatlicher Befehl ausgesprochen. Wenn z. B. die Königl. Eisenbahndirektion zu X. einen Güterfrachttarif „erläßt", so liegt darin keine Norm vor, es findet vielmehr die zivilrechtliche Kategorie der Offerte Anwendung.

166) a. a. O. S. 104 ff.

167) Vgl. Laband S. 680.

168) Literatur: Laband S. 682 ff., Jellinek S. 243. 387, Seligmann

Bezüglich der Lösung dieser Streitfrage im Allgemeinen wie im Einzelnen muß vor Allem der Grundsatz der Persönlichkeit des Staates festgehalten werden, von der die Staatsorgane nicht rechtlich verschiedene Subjekte, sondern von welcher sie Teile ohne selbständige Subjektivität sind.

Schon hieraus erhellt, daß man nicht von Rechten und Pflichten eines Staatsorgans, sondern nur des Staates selbst reden kann. Die den Staatsorganen mangelnde Rechtssubjektivität schließt die Möglichkeit von Rechten und Pflichten der Staatsorgane gegen einander von selbst aus.[169])

Im Übrigen soll indessen der in der Literatur endlos hin und her diskutierten Streitfrage über die rechtliche Natur des Staates hier nicht näher getreten werden. Was den gegenwärtigen Stand dieser Diskussion betrifft, so darf trotz vereinzelter Widersprüche, welche, teils an der „Abstraktion" des Staatsbegriffes Anstoß nehmend, den Staat für das „Rechtsverhältnis einer Personenmehrheit" erklären (Haenel), teils längst überwundenen patrimonialen Ideen über das Wesen der Staatsgewalt wieder Geltung verschaffen wollen (Seydel u. A.) — der Gedanke der Persönlichkeit des Staates in Wahrheit als der „Grund- und Eckstein der modernen Staatsrechtswissenschaft" (Jellinek) bezeichnet werden.

Den Gegnern dieser herrschenden Auffassung des Staatsbegriffes ist in erster Linie zu erwidern, daß das Essentiale einer Person im Rechtssinne darin beruht, daß ein Willenssubjekt kraft Anerkennung und Gewährung der Rechtsordnung Träger von subjektiven Rechten ist. Dieser Willensträger kann ein einzelner Mensch oder eine Mehrheit von solchen, ein Verband, sein; für die rechtliche Konstruktion der Persönlichkeit macht dies nicht den geringsten Unterschied. Die Persönlichkeit als Rechtsbegriff ist etwas von der physiologischen, sozialen, ethischen „Person" Abweichendes; Analogieschlüsse von einem dieser Begriffe auf den ersteren können daher zu unrichtigen Resultaten führen.[170])

S. 104 ff., Bernatzik, A. f. öff. R., Bd. V S. 215. — Von diesen abweichend: Loening S. 230, Haenel S. 214. 224. 234 ff., Gierke in Schmoller's Jahrb. N. F. VII. Jahrgang, Heft 4 S. 47 ff.

[169]) Über Staatsorgane mit „Recht auf Organstellung" s. unten S. 79 ff. — Die prinzipielle Auffassung der organisatorischen Normen als Rechtssätze (Haenel, Loening) dürfte hiernach zurückzuweisen sein.

[170]) Vgl. Bernatzik a. a. O. S. 192: „Ob das Substrat (der Person im Rechtssinn) ein Mensch ist oder eine Mehrheit von Menschen, ist ganz gleichgültig ..... das lästige Beiwort „juristische" ist also für den Begriff ganz unerheblich, ... es enthält nur einen ungeschickten, wenn auch dogmengeschichtlich interessanten Hinweis darauf, daß das Subjekt kein Mensch ist, — einen ungeschickten deshalb, weil die Persönlichkeit des einzelnen Menschen mit ebensoviel oder ebensowenig Recht eine „juristische" zu nennen wäre."

Wenn Haenel[171]) es für irrig erklärt, den korporativen Verband auf eine Personeneinheit zurückzuführen, und behauptet, derselbe sei in der „wirklichen Erfahrungswelt" nicht eine Einheit, sondern das „Rechtsverhältnis einer Personenmehrheit", so ist dem entgegenzuhalten, daß die „Fiktion", welche nur eine Mehrheit von Menschen nach gewissen Richtungen hin und unter gewissen Gesichtspunkten als eine Einheit erscheinen läßt, keine größere ist, als diejenige, vermittelst deren wir den einzelnen Menschen, überhaupt jeden beliebigen Gegenstand als etwas Ganzes, als eine Einheit auffassen, anstatt in ihm das, was er im Grunde „wirklich" ist, zu sehen, einen Komplex von Zellen, schließlich einen Haufen von Molekülen.[172])

Die „Wirklichkeit der Dinge" ist eben für die teleologische Betrachtungsweise etwas Anderes als für die mechanische. Was für die letztere „Hypostasierung eines abstrakten Begriffes"[173]) ist, kann für die erstere die Form der wahren Erkenntnis sein.

In der Erkenntnis des Staates als einer Rechtspersönlichkeit liegt auch der Schlüssel zur Unterscheidung von Rechtssatz und Verwaltungsnorm in den organisatorischen Gesetzen. Aus jener Erkenntnis ergiebt sich zunächst, daß die Organe des Staates, nämlich die mit der Wahrnehmung der Staatsfunktionen betrauten physischen Personen oder Personenmehrheiten als solche keine Rechtssubjekte sind. Nur ihr Inbegriff, der Staat, ist ein solches. Die Staatsbehörde ist willens- und handlungsfähig, aber sie will und handelt nicht in Ausübung eines subjektiven Rechts oder einer subjektiven Pflicht: „kein Beamter hat ein Recht auf seine Akten".[174]) Der Staat bildet dem Einzelnen gegenüber eine Einheit, ein Ganzes. Subjektive Rechte und Pflichten bestehen nur zwischen dem Staat und dem Einzelnen, nicht aber zwischen einer Behörde und dem Einzelnen, ebensowenig zwischen den Behörden unter sich.

Hiernach können die „Ressortverhältnisse" der Behörden wohl durch Normen, nicht aber durch Rechtssätze abgegrenzt sein: das Recht ist seinem

---

171) S. 233.

172) Vgl. hierüber die ausgezeichneten Ausführungen Jellinek's S. 193. Jedes nähere Eingehen auf die interessante erkenntnistheoretische Seite des Staatsbegriff-Problem muß indessen hier unterbleiben.

173) Haenel S. 231.

174) Ob der juristische Personenbegriff sich aus dem Postulat des rechtlich anerkannten Willens allein konstruieren läßt, oder ob dieser Wille zugleich zur Realisierung eines „Selbstzwecks" dienen muß, ist eine sehr streitige Frage. Eingehende Untersuchungen hierüber s. bei Bernatzik a. a. O. S. 193 ff., welcher hiernach dogmengeschichtlich zwischen Willens- und Zweck-Dogma scheidet. Bernatzik macht mit Recht darauf aufmerksam, daß das Willensdogma, auf den Staat angewendet, zu der unhaltbaren Konsequenz führt, den Staat in soviel Personen zu zerteilen, als er Organe hat (a. a. O. S. 208).

Wesen nach nie innerpersönlich, sondern setzt eine Mehrheit von Personen voraus, zwischen deren Willenssphären es seine Schranken zieht. Eine Mehrheit von Staatsorganen ist aber keine Mehrheit von Personen. Die organisatorischen Normen ermangeln somit prinzipiell des Rechtscharakters; sie sind, falls nicht besondere Momente bei ihnen hinzutreten — wozu der Erlaß in Gesetzesform an sich nicht gehört — als Verwaltungsnormen aufzufassen.[175] Wären die organisatorischen Normen wirklich Rechtssätze, so müßte in Staaten, wo der Erlaß von Rechtssätzen ausschließlich Sache des Gesetzgebungsorgans (und seiner Delegatare) ist, also z. B. im Reich und in Preußen, jede organisatorische Norm in Form des Gesetzes oder der gesetzlich autorisierten Verordnung erlassen werden. Dem widerspricht aber die Staatspraxis sowohl im Reich als in Preußen. Sowohl Reichs-Centralbehörden als preußische Ministerien sind ihrerzeit durch kaiserliche bezw. königlich preußische Erlasse organisiert worden,[176] Erlasse, die als Verwaltungsverordnungen aufzufassen sind und als Akte der administrativen Organisationsgewalt des Staatsoberhauptes keiner gesetzlichen Delegation bedürfen. Jedenfalls sind solche Delegationsakte nicht nachweisbar und gerät Haenel, der doch die Notwendigkeit derartiger Akte bei Rechtsverordnungen an sich nicht leugnen wird, angesichts dieser negativen Thatsache in einen unlösbaren Widerspruch. —

Es muß somit als Grundsatz aufgestellt werden: Die Normen, welche die einzelnen Behörden, welche mit der Wahrnehmung bestimmter Staatsfunktionen betraut werden sollen, bezeichnen und deren innere Einrichtung regeln, sind Verwaltungsverordnungen, auch wenn sie in Form des Gesetzes auf-

---

[175]) Anderer Ansicht: Haenel S. 232 und Loening S. 230. Gegen ersteren vgl. Bernatzik S. 215: „Auch Haenel ist über diese Klippe (nämlich die Auffassung der Behörde als juristische Person) nicht hinweggekommen. Er begründet seine Ansicht, daß die organisatorischen Gesetze Rechtssätze enthalten, damit, daß die Organe des Staates untereinander Rechte und Pflichten haben. Daß damit die Einheitlichkeit der staatlichen Rechtssubjektes in tausende von solchen verpflichtet wäre, kann Haenel nicht verborgen bleiben. Er fügt deshalb bei: „Freilich stehen dieselben (d. h. die Rechte und Pflichten) in durchaus eigenthümlicher, nämlich in organischer Weise zu." Was nützt aber die Berufung auf . . . diese „eigentümliche Weise", wenn der Verfasser nicht sagt, was unter diesen Umständen zu denken sei."

[176]) Beispiele: Allerh. Erlaß vom 7. August 1878 (G.-S. 1879 S. 25): „Nach dem Bericht des Staatsministeriums . . . . . genehmige ich, daß 1.) . . . . 2.) die Verwaltung der Angelegenheiten von Handel und Gewerbe von dem Ministerium für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten getrennt und für dieselben ein eigenes „Ministerium für Handel und Gewerbe" gebildet werde." — Allerh. Erlaß vom 14. Juli 1879 (R.-G.-Bl. S. 196): „Auf Ihren Bericht . . . . . bestimme ich, daß die . . . . . Finanzverwaltung des Reiches fortan von einer . . . . . Centralbehörde unter der Benennung „Reichsschatzamt" zu führen ist."

treten.[177]) Diejenigen Normen jedoch, welche die den Staatsorganen als Partialrepräsentanten der Staatsgewalt gegenüber den Unterthanen zustehenden Befugnisse und Pflichten nach Inhalt und Umfang festsetzen, sind als Rechtssätze zu bezeichnen, da sie die Grenzregulierung zwischen den Willenssphären der Verwaltung und der Einzelnen zum Zweck haben. — Dies meint offenbar auch Jellinek, wenn er (S. 243) sagt: Organisation ist Verwaltungssache, Funktionieren der durch die Verwaltung geschaffenen Organe oft nur durch Rechtssätze möglich. Zur Illustration dieses Umstandes diene folgendes Beispiel aus der Preußischen Gesetzgebung:

> (Gesetz vom 12. Februar 1884,[178]) § 1:) „In der Stadt Memel wird ein Landgericht errichtet. Der Bezirk desselben wird aus den Bezirken der Amtsgerichte zu . . . . . gebildet."

Dieses Gesetz ist zweifellos ein formellgesetzlicher Organisationsakt der Verwaltung. Indem das neugegründete Landgericht aber dazu bestimmt ist, mit den Unterthanen seines Bezirks in Verkehr zu treten, bedarf es des Erlasses von Rechtssätzen, welche die Rechte und Pflichten zwischen Gerichtsbehörde und Einzelnen normieren.[179])

Der Unterschied zwischen organisatorischer Verwaltungsnorm und kompetenzregelndem Rechtssatz tritt, um fernere Beispiele aus der positiven Gesetzgebung heranzuziehen, besonders zwischen verschiedenen Bestimmungen des Deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes hervor. Wenn dieses Gesetz auch größtenteils aus Rechtsnormen besteht, deren Inbegriff das Gerichtsverfassungsrecht des Deutschen Reiches bildet, so gehört doch ein Teil seiner Bestimmungen zur Kategorie der materiellen Verordnungen. Man vergleiche beispielsweise folgende, aus dem fünften Titel des Gesetzes herausgegriffene Vorschriften:

> § 58. „Die Landgerichte werden mit einem Präsidenten und der erforderlichen Anzahl von Direktoren und Mitgliedern besetzt."
>
> § 59. „Bei den Landgerichten werden Civil- und Strafkammern gebildet."
>
> § 62. „Vor Beginn des Geschäftsjahres werden auf die Dauer desselben die Geschäfte unter die Kammern derselben Art verteilt und die ständigen Mitglieder der einzelnen Kammern, sowie für den Fall

---

[177]) Über den Einfluß der Gesetzesform auf die Substanz dieser Normen gilt naturgemäß das in den früheren Abschnitten Gesagte.

[178]) G.-S. S. 63.

[179]) Diese Rechtssätze brauchten freilich für diesen konkreten Fall nicht erlassen zu werden, da sie im Gerichtsverfassungsgesetz und in den Prozeßordnungen bereits enthalten sind.

ihrer Verhinderung die regelmäßigen Vertreter bestimmt. Jeder Richter kann zum Mitgliede mehrerer Kammern bestimmt werden...."

Diese Vorschriften betreffen reine Interna der Justizverwaltung, insofern die Willenssphäre der Unterthanen durch sie nicht berührt wird. Eine Rechtssetzungsabsicht ist bei diesen Vorschriften nicht erkennbar; dieselben sind daher als Verwaltungsverordnungen in Gesetzesform zu qualifizieren.

Wir kommen hier auf einen Punkt, wo der Unterschied zwischen Rechtssatz und Verwaltungsnorm praktisch sehr bedeutsam werden kann und dies auch thatsächlich schon mehrfach geworden ist.

Wenn nämlich nach § 376 der Strafprozeßordnung und den ähnlich lautenden §§ 511, 512 der Civilprozeßordnung das Rechtsmittel der Revision nur darauf gestützt werden kann, „daß das (angefochtene) Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe", und der Sinn des Wortes „Gesetz" in dieser Bestimmung als „Gesetz im materiellen Sinne" deklariert wird („Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist"), so ist die Aufgabe des Revisionsrichters dahin normiert, daß er die Anwendung von Rechtsnormen prüfen soll, nicht aber die Anwendung von Verwaltungsnormen, materiellen Verordnungen,[180]) wobei es ganz gleichgültig ist, ob Normen der letzteren Art im Gewande des formellen Gesetzes auftreten bezw. in ein solches Gesetz Aufnahme gefunden haben.

Dieser Ansicht ist auch das Reichsgericht in einer Reihe von Entscheidungen beigetreten[181]), und die Kommentatoren der deutschen Prozeßgesetze stimmen gleichfalls darin überein, daß sich die Verletzung von Normen materiell-administrativen Charakters, deren sie eine Anzahl in den Prozeßordnungen und dem Gerichtsverfassungsgesetz namhaft machen, der Prüfung des Revisionsrichters entziehe.

So hatte in einem vom Reichsgericht entschiedenen Fall[182]) ein Richter in einer Strafkammer als Beisitzer fungiert, welcher weder als ständiges Mitglied der Kammer, noch als regelmäßiger Vertreter eines solchen gemäß § 62 G.-V.-G. bestellt war. Die hierauf vom Angeklagten eingelegte Revision rügte Verletzung des § 377 Ziff. 1 St.-P.-O., wurde indes zurückgewiesen.

In den Gründen des reichsgerichtlichen Urteils finden sich folgende Ausführungen: „Ausweislich des Protokolls ..... ist das erkennende Gericht vorschriftsmäßig mit fünf Richtern des Landgerichts einschließlich des Vorsitzenden

---

[180]) Vgl. Seligmann S. 171. 172.

[181]) Hierdurch erledigt sich die Behauptung Zorn's (Hirth's Ann. 1889 S. 355 N. 2) wonach die Praxis die Unterscheidung zwischen Gesetzen im formellen und im materiellen Sinne nicht kennen soll.

[182]) Urteil vom 12. Juli 1880. Entsch. in Strafsachen Bd. II. S. 195.

besetzt gewesen. Damit ist eine Anfechtung des Urteils auf Grund des § 377 Ziff. 1 St.=P.=O. ausgeschlossen. Ob die für die Bildung der betreffenden Strafkammer maßgebenden Dienstvorschriften (nämlich § 62 ff. G.=V.=G.) gewährt seien; ob insbesondere der als beisitzender Richter in Amtsthätigkeit gewesene Landgerichtsrat L. ständiges Mitglied der Strafkammer oder nach § 62 G.=V.=G. für den Fall der Verhinderung eines solchen als regelmäßiger Vertreter zu der in Rede stehenden Sitzung berufen ist, erscheint für die Rechtsgültigkeit des unter seiner Mitwirkung ergangenen Urteils gleichgültig. .... Das pflichtmäßige Verfahren bei entsprechenden Anordnungen und Amtsverrichtungen muß ..... vorausgesetzt werden." [183])

Das heißt m. a. W., die Prüfung des Revisionsrichters erstreckt sich nicht auf die Frage, ob eine materielle Verordnung, auch eine solche in Gesetzesform, nicht oder unrichtig angewendet sei.

Die Verletzung von Rechtsnormen, der Rechtsbruch, zieht naturgemäß andere Folgen nach sich, als die Verletzung von Verwaltungsnormen. Der Richter und jeder andere Beamte, welcher eine ihn angehende Verwaltungsverordnung nicht befolgt, verletzt keine Rechts=, sondern nur eine Amtspflicht, und kann dementsprechend im Aufsichtswege, durch seine vorgesetzte Behörde zur Verantwortung gezogen bezw. zur Einhaltung der Dienstvorschriften angehalten werden.

Auch der Erlaß in Gesetzesform ändert nichts an diesen Verhältnissen. Bei Gesetzesbestimmungen wie der besprochene § 62 G.=V.=G. und die weiter unten noch zu erörternden instruktionellen Normen tritt uns das Auseinanderfallen von formeller und materieller Gesetzeskraft in sehr bezeichnender Weise entgegen.

Die Wirkung dieser mit formeller Gesetzeskraft ausgestatteten Verwaltungsverordnungen ist materiell die einer solchen und nicht die eines Rechtssatzes: sie führen im Falle ihrer Verletzung durch den Richter nicht Kassation der

---

[183]) Mit dem Charakter des in Rede stehenden §§ 62 ff. des Gerichtsverfassungsgesetzes hat sich das Reichsgericht öfter beschäftigt. Vgl. Entsch. in Straff. Bd. III S. 8. 231 ff. Rechtsprechung in Straff. Bd. II S. 173. Interessant ist namentlich die Ausführung im Urteil v. 13. November 1880 (Entsch. in Straff. Bd. III S. 233): „Im Falle des Angriffs eines Urteils auf Grund des § 377 1 St.=P.=O. hat sich die Prüfung des Revisionsrichters zu beschränken auf die Zahl der mitwirkenden Richter und auf die Frage, ob dieselben zur Wahrnehmung der Geschäfte sämmtlich überhaupt, und bei den bestimmten Landgericht, um welches es sich handelt, die Befähigung und die gesetzlich vorgeschriebene Berufung hatten." — „Gesetzlich" heißt in dieser letzten Wendung natürlich „materiellgesetzlich" in unserem Sinne, — denn die §§ 62 ff. G.=V.=G. gelten als rein formellgesetzliche Bestimmungen. —

Urteile durch das Revisionsgericht, sondern eventuell dienstliche Rüge im Aufsichtswege herbei.

Um es wiederholt hervorzuheben, auf die Absicht des Gesetzgebers muß zurückgegangen werden, wenn aus der objektiven Erscheinungsform eines Gesetzes nicht hervorgeht, ob eine Rechtsnorm oder eine Norm anderer Art vorliege.

So besteht beispielsweise bei jeder Verfassungsgesetzgebung die Absicht, die Kompetenz der obersten Staatsorgane festzustellen, Staatsrecht zu setzen. Wenn Haenel[184]) Seligmann vorwirft, seine Auffassung der organisatorischen Normen führte dazu, die Bestimmungen über die höchsten Organe des Reichs, die Kaiser, Bundesrat und Reichstag betreffenden Verfassungsartikel als „Verwaltungsverordnungen" aufzufassen, so muß dem entgegnet werden, daß es bisher noch Niemanden eingefallen ist, die Verfassungsbestimmungen über diese höchsten Organe des Reiches nicht als Rechtssätze anzusehen. Auch Seligmann hat eine derartige Behauptung nicht aufgestellt und wird sie nicht aufstellen wollen. Das Postulat, jene Bestimmungen als Verwaltungsverordnungen aufzufassen, geht aber aus Seligmann's Anschauungsweise auch gar nicht hervor, denn Haenel's Unterstellung, daß jene Bestimmungen sich innerhalb des Staatsorganismus hielten, ohne die Unterthanen zu berühren, ist unrichtig.

Einmal haben die Unterthanen des Staates, die Gesellschaft und jeder Einzelne, die doch das „reale" Substrat des Staates bilden, ein Recht darauf, daß die obersten Staatsorgane, der Staat in diesem Sinne, verfassungsmäßig berufen sind und verfassungsmäßig funktionieren, daß z. B. Niemand ein Gesetzgebungsrecht ausübt, dem es nicht zusteht. Rechtssetzung ist aus diesem Grunde der Sinn und Zweck der Verfassung, des wichtigsten Stückes der Rechtsordnung.

Und ferner ist nicht zu übersehen, daß die Verfassungsbestimmungen über die obersten Staatsorgane eigene Rechte der letzteren feststellen. Der Herrscher (König, Bundesrat), wie die Volksvertretung haben auf die ihnen übertragene Ausübung der Staatsgewalt ein subjektives Recht, welches insofern ein eigenes Recht ist, als keinem dieser beiden Machtfaktoren die ihm zustehenden Befugnisse ohne seine Zustimmung entzogen werden können[185]). Es ist dies eine Grundidee der konstitutionellen Verfassungen.

---

[184]) Vgl. S. 225. Seligmann S. 106. „Sollen wir", fragt Haenel, „im Ernst solche Vorschriften, die bis zur Höhe von Verfassungsbestimmungen erhoben sind ..... als für die Rechtsordnung des Staates ohne Belang anerkennen?" — Gewiß sollen wir das nicht! Vgl. das im Text Gesagte.

[185]) In den auf dem Prinzip der „Volkssouveränetät" aufgebauten „Monarchieen" mit

Diese Auffassung über die staatsrechtliche Stellung der obersten Organe, insbesondere der Volksvertretung, als Willensträger zu eigenem Recht widerspricht nicht der oben vorgetragenen Theorie von der Einheit der Staatspersönlichkeit.

Die Volksvertretung ist die Personifikation des Volkes als eines Staatssubstrates, ja man kann sagen, sie ist „das Volk" in seiner staatsrechtlichen Erscheinungsform. Das konstitutionelle Prinzip beruht auf der Normierung der staatlichen Herrschaftsrechte und der Rechte des Volkes durch Rechtssätze: in der Volksvertretung sehen wir das Subjekt aller „Freiheitsrechte" des Volkes wie im Monarchen das Subjekt alles staatlichen Imperiums. Hieraus und aus der bereits erwähnten Thatsache, daß dem Monarchen und der Volksvertretung als den Personifikationen der Staatsgewalt und der Volksrechte kein ihnen zustehendes Recht ohne ihre Einwilligung genommen oder verändert werden kann, ergiebt sich, daß diese beiden höchsten Staatsorgane ein subjektiv-eigenes Recht auf ihre Organstellung haben.

Von dieser eigenartigen Stellung der höchsten Potenzen im Staate, einer Stellung, die in den Prinzipien des konstitutionellen Staatsrechts ihre Erklärung findet, abgesehen, ist es falsch, den Organen des Staates Rechtssubjektivität zuzuschreiben. Dies ist bereits oben erwähnt worden.

Gleichwohl ist mehrfach der Versuch gemacht worden, für die Rechtsstellung der Behörden[186], insbesondere aber der Kommunalverbände und Selbstverwaltungskörper, sofern ihnen die Ausübung staatlicher Herrschaftsrechte delegiert ist, den Gesichtspunkt der juristischen Person in Anwendung zu bringen. In dieser Beziehung sind namentlich die interessanten Ausführungen Bernatzik's über das „Recht auf Organstellung" zu erwähnen[187]. Dieser Autor, der die Persönlichkeit der Staatsbehörden im übrigen strikt leugnet[188], gelangt trotzdem zu dem Gedanken, Organstellung und subjektives Recht seien keine sich ausschließenden Begriffe. Es könne Staatsorgane geben, welche thatsächlich ein subjektives Recht auf ihre Organstellung haben: Monarch, Parlament[189], Selbstverwaltungskörper, Kommunalverbände, öffentlichrechtliche Genossenschaften[190].

---

suspensivem Veto des Monarchen ist dies bezüglich des Letzteren allerdings anders. Solche „Monarchieen" führen indessen ihren Namen mit Unrecht, denn der eigentliche Träger der Staatsgewalt ist in ihnen faktisch und rechtlich das Volk und nicht der Monarch. Daher ist von diesen Monarchieen hier abzusehen.

186) Vgl. Haenel S. 232. — S. oben S. 74 ff. und Note 174.

187) Bernatzik, a. a. O. S. 297 ff.

188) Vgl. a. a. O. S. 204 ff.

189) S. oben im Text.

190) Vgl. Bernatzik S. 305: „Die Communen bilden in manchen Staaten Beispiele

Über Monarch und Volksvertretung ist soeben gesprochen worden. Was aber die Selbstverwaltungskörper betrifft, so dürfte wohl nur eine Delegation einzelner Verwaltungsrechte seitens des Staates an andere Rechtssubjekte (Einzelne oder namentlich Verbände) vorliegen, nicht aber die Verteilung einzelner Staatsfunktionen an eigentliche Organ-Behörden. Wohl kann z. B. eine Gemeindebehörde staatliche Hoheitsrechte (Polizei, Gerichtsbarkeit) auch geradezu als Organ des Staates ausüben[191], aber Niemand wird behaupten, daß sich die mit der Wahrnehmung von Staatsfunktionen betraute Gemeindebehörde, was ihre Rechtsstellung betrifft, in irgend einer Hinsicht von den Staatsbehörden und -beamten unterschiede.

Es findet in solchen Fällen einfach eine Personalunion zwischen Gemeinde- und Staatsorgan statt.[192] Die Normen, welche die Zuständigkeit solcher Organe regeln, sind daher nicht anders zu beurteilen, wie die hier besprochenen organisatorischen Normen überhaupt.

Denkbar ist es jedoch, daß der Staat einzelne Zweige seiner Thätigkeit den Gemeinden und anderen Verbänden zu eigener Ausübung und zu eigenem Recht überläßt, — wie dies in Staaten mit ausgedehnter Selbstverwaltung der Kommunalverbände der Fall ist.

In den Staaten z. B., welche den Gemeinden — abweichend von dem preußischen System — die lokale Polizeiverwaltung in der eben geschilderten Weise übertragen bezw. belassen, erscheint die Gemeinde nicht als staatliches Organ, sie versieht nicht staatliche Funktionen[193], sondern handelt für sich selbst, im eigenen Interesse, — als korporativer Verband des öffentlichen Rechts.

Der Staat behandelt zwar in solchen Fällen die Thätigkeit der Communal- und anderer Verbände als staatliche Thätigkeit, aber die sich hierin zeigende Coincidenz der Einzel- und Staatszwecke kann den aufmerksamen Be-

---

für drei Formen des Verbandslebens ..... Sie haben einerseits eigene Rechte ohne Organstellung, sie sind andererseits staatliche Organe, die jedoch zugleich auf ihre Kompetenz ein eigenes Recht haben, sie sind endlich staatliche Organe ohne eigenes Recht auf die bezügliche Kompetenz." — Bernatzik gebraucht hier den Ausdruck „eigenes Recht" offenbar synonym mit „subjektives Recht". Aber auch abgesehen hiervon dürfte seinen Ausführungen, soviel sie des Interessanten auch enthalten, nicht überall beizustimmen sein.

191) Z. B. wenn, wie in Preußen, der Bürgermeister die Ortspolizei „im Namen des Königs" verwaltet. (Vgl. Ges. über die Polizeiverwaltung v. 11. März 1850, § 1.) — Man denke ferner an die Standesämter, an die Einziehung der Staatssteuern durch Gemeindeorgane, die Gemeinde-Gewerbegerichte u. s. w.

192) Dies leugnet auch Bernatzik nicht. Vgl. Note 190.

193) Ebensowenig, wie z. B. eine mittelalterliche Stadt staatliche oder landesherrliche Funktionen wahrnahm, wenn sie Gerichtsbarkeit und Militärhoheit besaß und ausübte.

trachter nicht darüber täuschen, daß die Gemeinde u. s. w. in dieser Beziehung ein subjektives Recht zu eigenen Zwecken ausübt, nicht aber als persönliches oder unpersönliches Staatsorgan handelt.[194])

Die Normen, welche einzelne Staatsfunktionen solchergestalt vom Staat auf andere Rechtssubjekte übertragen, sind, weil sie subjektive Rechte verleihen, erweitern oder beschränken, selbstverständlich Rechtssätze, nicht materielle Verordnungen organisatorischen Charakters.

Wir müssen dabei stehen bleiben: Abgesehen von den obersten konstitutionellen Machtfaktoren, Herrscher und Volksvertretung, ist die Möglichkeit von Staatsorganen mit Recht auf Organstellung ausgeschlossen.

Die Thätigkeit der Staatsorgane ist insofern eine „freie", als sie innerhalb der rechtlichen Schranken, welche der Verwaltung gezogen sind, die ihnen übertragenen Funktionen nach eigenem Ermessen bezüglich der Erreichung der ihnen gesetzten Zwecke wahrnehmen. Hieraus und aus dem bestehenden Über- und Unterordnungsverhältnis der Behörden folgt das Recht der oberen Behörde, der unteren Anweisungen (in spezieller oder genereller Form) betreffend die Lösung der der unteren Behörde gestellten Verwaltungsaufgaben zu erteilen.

Für solche Anweisungen hat die Theorie den Ausdruck „Dienstbefehl" eingeführt. Der Dienstbefehl (Dienstanweisung, Instruktion, Reglement) betrifft stets innere Angelegenheiten und fällt daher, wie die bisher besprochenen organisatorischen Vorschriften, stets unter die Kategorie der Verwaltungsverordnung.[195])

Vorschriften dieser Art können, wie die positive Gesetzgebung beweist, ebenso wie andere Verwaltungsverordnungen in die Form des Gesetzes gekleidet werden, ohne dadurch eine Transsubstantiation ihres normativen Inhalts zu erleiden, wie dies nach den bisherigen Ausführungen ja auch bei materiellen Verordnungen und Verfügungen anderer Art der Fall ist.

---

[194]) Denkbar wäre der Fall, daß der Staat seine gesammte Finanzverwaltung, oder die Gerichtsbarkeit, Post- und Telegraphenverwaltung an Private oder Körperschaften des öffentlichen Rechts delegierte, sagen wir „verpachtete". Würden z. B. die Steuerpächter als „Staatsorgane" anzusehen sein?

[195]) Die prozessuale Konsequenz des Umstandes, daß die Revision auf Verletzung von Dienstbefehlen nicht gestützt werden kann, ergiebt sich, analog mit den oben S. 76 ff. besprochenen Fällen, auch hier. Vgl. das Urteil des Reichsgerichts, abgedruckt in Seuffert's Archiv, Bd. 39 Nr. 161, welcher die preußische Justizministerialverordnung vom 4. September 1879 (Justiz-Min.-Bl. 1879 S. 308) mit Recht für eine zur Kategorie der Dienstbefehle gehörige Verwaltungsverordnung, deren Verletzung die Revision nicht begründe, erklärt.

In diese Kategorie formeller Gesetze gehören, außer anderen legislatorischen Erscheinungen[196], namentlich die von der Gerichtspraxis und den Commentatoren der Reichsjustizgesetze so benannten „instruktionellen" oder „reglementären" Vorschriften der Prozeßordnungen.[197])

Was zunächst die Bezeichnung „instruktionelle Vorschriften" betrifft, so machte Haenel[198]) mit Recht darauf aufmerksam, daß die Rechtsprechung und die hierauf gestützte Literatur darunter nur eine Negative verstünde, „nämlich den Gegensatz zu denjenigen Formvorschriften der Prozeßordnungen, deren Verletzung entweder die Unwirksamkeit der in Frage stehenden Handlung, oder doch bestimmte, ausdrücklich vorgesehene Rechtsnachtheile nach sich zieht."

Diese letzteren Vorschriften werden wohl als „obligatorisch" oder „imperativisch" bezeichnet und hierzu „instruktionell" in einen begrifflichen Gegensatz gebracht.[199])

Unserer Betrachtung liegt jedoch dieser Gegensatz zwischen „imperativisch" und „instruktionell" — der im übrigen irreleitend und unzutreffend ist (vgl. die letzte Note), nicht zu Grunde, vielmehr stellen wir „instruktionell" in Gegensatz zu „materiell-gesetzlich" und verstehen unter instruktionellen Gesetzesbestimmungen solche formelle Gesetze, welche Instruktionen, Dienstbefehle enthalten.[200])

---

196) Beispiele: Preuß. Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872, § 42: „Die Anträge sowohl als die Urkunden sind genau mit dem Zeitpunkt des Eingangs vom Amtsrichter oder Gerichtsschreiber zu bezeichnen." Ferner: Reichsgesetz vom 29. Februar 1876 (R.-G.-Bl. S. 121).: „Das Etatsjahr für den Reichshaushalt beginnt ..... mit dem 1. April und schließt mit dem 31. März jedes Jahres." Bundesgesetz vom 12. Oktober 1867 (B.-G.-Bl. S. 33) § 7: „Zu Päßen und sonstigen Reisepapieren sind übereinstimmende Formulare einzuführen und zu benutzen."

197) Vgl. Laband S. 575, Jellinek S. 245, Seligmann S. 40, 105, Haenel S. 175, Heilbut im A. f. civ. Praxis Bd. 69, S. 331 ff., Wach, Handb. des Deutschen Civilprozeßrechts Bd. I, S. 297 ff. — Von den Commentaren zur Civil- und Strafprozeßordnung s. namentlich Wilmowsky-Levy zu § 230 C.-P.-O., N. 8, zu § 511 N. 4, Loewe zu § 266 St.-P.-O., N. 5. — Ferner vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. V, S. 366 und in Strafsachen Bd. VI, S. 27.

198) S. 176 a. a. O.

199) Diese Gegenüberstellung ist indessen irreleitend, denn die „instruktionellen" Vorschriften, — in der Civilprozeßordnung gewöhnlich durch Anwendung des „soll", statt des „muß" gekennzeichnet, — enthalten geradeso Imperative wie die „obligatorischen" Bestimmungen; nur sind sie Imperative anderen Charakters. — Auch Wach macht bezüglich der „Soll"-Vorschriften der Civilprozeßordnung darauf aufmerksam, „daß ihnen nicht der Ernst des gesetzgeberischen Willens fehle" (Handbuch des D. Civilproz.-R.'s I S. 310). — S. unten S. 85 ff.

200) Als „instruktionell" werden vielfach die Vorschriften der Civilprozeßordnung bezeichnet, welche insofern dispositives Prozeßrecht enthalten, als die Parteien auf ihre

Beispiele hierfür bietet namentlich die Strafprozeßordnung.

Vgl. St.-P.-O. § 266 Absatz 3: „Die Gründe des Strafurteils müssen ferner das zur Anwendung gebrachte Strafgesetz bezeichnen und sollen die Umstände anführen, welche für die Zumessung der Strafe bestimmend gewesen sind.[201]

St.-P.-O. § 304 Absatz 1: „Die Geschworenen wählen ihren Obmann mittelst schriftlicher Abstimmung nach Mehrheit der Stimmen."[202]

St.-P.-O. § 256: „Nach der Vernehmung eines jeden Zeugen, Sachverständigen oder Mitangeklagten, sowie nach der Verlesung eines jeden Schriftstückes soll der Angeklagte befragt werden, ob er etwas zu erklären habe."[203]

Anwendung verzichten können. (Vgl. jedoch Wach, a. a. O. S. 298. Anm. 31.) Auch hier ist im Falle der Verletzung die Revision nicht begründet, wenn die beschwerdeführende Partei die rechtzeitige Rüge unterlassen hat. Z. B. §§ 267, 521 C.-P.-O. — Über diesen Punkt: Haenel S. 176, 177, welcher derartige dispositive Prozeßnormen mit Recht als Rechtssätze bezeichnet. Die Bezeichnung „instruktionell" bezüglich derselben ist mithin, wenn man an das Wesen der „Instruktion" denkt, unzutreffend. — Vgl. im übrigen Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. V S. 366.

Zu bemerken ist noch, daß Haenel irrt, wenn er geltend macht, noch niemand habe behauptet, daß die hierher gehörigen §§ 120 ff. C.-P.-O. keine Rechtssätze enthielten. Vgl. Wilmowsky-Levy zu § 511 C.-P.-O. N. 4, woselbst von sämmtlichen Bestimmungen der C.-P.-O., welche das „soll" statt des „muß" zeigen, also auch §§ 120 ff. a. a. O. — gesagt wird, es seien „keine Normen des Rechts", vielmehr Bestimmungen, die sich nur als Wünsche des Gesetzgebers qualifizierten. Über die Bedeutung des „Müssen" und „Sollen" in der C.-P.-O. vgl. Heilbut, A. f. civ. Pr. Bd. 69, S. 415 ff., 427 ff. —

[201]) Die mit „sollen" beginnende Vorschrift ist eine Verwaltungsverordnung in Gesetzesform. Vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. VI S. 27 (Urteil vom 10. Februar 1882): „Der § 266 Absatz 3 St.-P.-O. schreibt zwar vor, daß die Urteilsgründe sich auch über die Umstände, welche für die Zumessung der Strafe bestimmend gewesen sind, aussprechen sollen, allein das dabei gebrauchte nur instruktionelle „sollen" verleiht dieser Bestimmung den Charakter einer bloßen Ordnungsvorschrift, deren Nichteinhaltung nicht als Verletzung einer Rechtsnorm im Sinne des § 376 St.-P.-O. erscheint, mithin auch untergebens nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen kann."

[202]) Vgl. Entsch. d. R.-G. in Strafsachen Bd. II S. 257, Rechtsprechung in Strafs. Bd. II S. 222, Bd. III S. 495.

[203]) Vgl. Entsch. in Strafs. Bd. II S. 202. — Die Auffassung des Reichsgerichts geht jedoch dahin, daß die Nichtbeachtung des § 256 dann und nur dann zur Kassation des daraufhin angefochtenen Urteils führe, wenn durch jene Nichtbeachtung eine Beschränkung des Verteidigungsrechts des Angeklagten herbeigeführt wird. Die Nichtbeachtung des § 256 werde geheilt, wenn dem Angeklagten nachträglich die Gelegenheit, sich über Zeugenaussagen zu erklären, gewährt werde. — Diese Auffassung des höchsten Gerichtshofes trifft m. E. durchaus das Richtige. Der Satz, daß der Angeklagte nicht ohne Gehör und ohne Gelegenheit erhalten zu haben, sich über die Beschuldigung und das Resultat der Beweisaufnahme zu äußern, ist ein Rechtssatz, zu welchem der § 256 eine nur formell-gesetzliche Ausführungsvorschrift (Instruktion) bildet.

St.=P.=O. § 275: „Das Urteil mit den Gründen ist binnen 3 Tagen nach der Verkündung zu den Akten zu bringen.“[204])

Ähnlich lautet C.=P.=O. § 286.[205])

Seligmann (S. 40 a. a. O.) führt diese und ähnliche Prozeßnormen als Beispiele für Gesetze an, „welche aus dem Grunde nur eine rein formelle Beschaffenheit haben, weil sie der imperativischen Natur entbehren“, und bezeichnet insbesondere als Grund dafür, daß der oben erwähnte § 266 Abs. 3 St.=P.=O. keine Rechtsnorm enthält, den Umstand, daß in ihm „der Gesetzgeber keinen Befehl, sondern nur einen Wunsch ausspricht.“[206])

Dies ist unrichtig. Jene Bestimmungen sind Normen, denn sie knüpfen an bezeichnete Thatstände Folgen in Gestalt anbefohlener („sollen“) menschlicher Handlungen. Man hat nach Maßgabe der hier vertretenen Theorie keinen Grund, anzunehmen, daß der Gesetzgeber jene Normen zum Zwecke der Rechtssetzung erlassen hat. Wohl aber hat der Gesetzgeber befehlen, nicht nur einen

---

204) Vgl. Entsch. in Strafs. Bd. II S. 378.

205) Vgl. ferner: C.=P.=O. § 281. Interessant auch St.=P.=O. § 316: „In den Gründen des Urteils ist auf den Spruch der Geschworenen Bezug zu nehmen.“ (Rechtssatz; Folge des Prinzips, daß die thatsächliche Feststellung Sache der Geschworenen ist!) „Die Urschrift des Spruches ist dem niedergeschriebenem Urteil anzufügen.“ (Zugehörige administrative Ausführungsvorschrift!)

206) Seligmann S. 40. Aus dem Sprachgebrauch der Prozeßgesetze läßt sich der angeblich nicht=normative Charakter der instruktionellen Bestimmungen sicherlich nicht herleiten, es ist nicht einzusehen, warum das „sollen“ keinen Imperativ bezeichnen soll. — Was die Civilprozeßordnung betrifft, so ist in der Begründung des Entwurfs S. 22 (vgl. Protokolle der Reichstags=Justizkommission betr. Beratung der Civilprozeßordnung, S. 427) ausdrückiich gesagt, daß das Hilfszeitwort „sollen“ die instruktionellen Bestimmungen kennzeichne. Indessen muß geleugnet werden, daß der Sprachgebrauch der Civilprozeßordnung, und noch viel weniger der der Strafprozeßordnung ein so sicherer und bestimmter ist, daß nicht trotz des gebrauchten „muß“ eine instruktionelle, rein formellgesetzliche Bestimmung vorliegen könnte. Dies ist von Heilbut, a. a. O. S. 360 ff., 427 ff. nachgewiesen worden, jedoch mit der irrigen Unterstellung, daß die instruktionelle Prozeßnorm als „unwesentliche Vorschrift“ gegenüber der „wesentlichen“, meist durch Anwendung des „müssen“ gekennzeichneten obligatorischen Norm anzusehen sei. — Abgesehen von dem zweifelhaften wissenschaftlichen Werte, welcher Unterscheidungen wie „wesentlich“ — „unwesentlich“ beizumessen ist, trifft diese Unterscheidung auch nicht das Wesen des Gegensatzes zwischen den beiden Kategorien von Prozeßnormen. Diesem Gegensatz liegt vielmehr der Unterschied zwischen Norm und Rechtssatz zu Grunde. — Gegen die Auffassung der „Sollvorschriften“ als „unwesentliche Bestimmungen“ auch Wach a. a. O. S. 298, welcher, vielleicht nicht mit Unrecht, den Gesetzesverfassern bezüglich dieses Punktes „starke Unklarheit“ vorwirft.

Gerade in solchen Fällen muß es aber als Aufgabe der Wissenschaft und Judikatur angesehen werden, die Unklarheiten des Gesetzes durch energisches Herausarbeiten der dem Gesetz — vielleicht unbewußt — zu Grunde liegenden Gedanken zu beseitigen.

Wunsch verkündigen wollen. Er hat — und dies ist auch der Kernpunkt der oben zitierten reichsgerichtlichen Ausführungen, — in den instruktionellen Bestimmungen die politische Aufgabe der Verwaltung übernommen, hat einen Gesetzesinhalt durch seine Sanktion mit formeller Gesetzeskraft ausgestattet, welcher den Charakter einer Rechtsnorm nicht hat und nicht haben soll, wohl aber den Charakter einer Norm überhaupt, deren materielle Wirkung die einer Verwaltungsverordnung ist und daher im Falle der Verletzung durch den Richter ein Zuwiderhandeln gegen die Amtspflicht (disciplinarische Strafbarkeit!), nicht aber einen Rechtsbruch involviert.

Der hier vertretenen Auffassung der Dienstvorschriften in Gesetzesform tritt Haenel entgegen, mit dem Einwand, daß Dienstbefehle, materielle Verordnungen (Haenel identifiziert diese beiden Ausdrücke, da er nur an Beamte gerichtete Verwaltungsverordnungen kennt) nur vom Inhaber einer Dienstgewalt erlassen werden könnten; es sei aber ein oberster Grundsatz unseres Staatsrechts, daß niemals „vom Gesetzgeber in der Form der Gesetzgebung eine Dienstgewalt ausgeübt würde über Behörden oder Beamte, welche damit den gesetzgebenden Faktoren als solchen ..... untergeordnet sein müßten.“[207])

Haenel trifft, wie es mir scheint, mit diesen Ausführungen nicht den Kernpunkt der von ihm bekämpften Theorie.

Es wird von keiner Seite behauptet, daß das gesetzgebende Organ durch den Erlaß einer „instruktionellen“ Bestimmung eine Dienstgewalt auf die betreffenden Beamten ausübte: der Richter, welcher eine instruktionelle Prozeßnorm verletzt, macht sich dadurch nicht den gesetzgebenden Körpern, sondern der Justiz-Aufsichtsbehörde gegenüber verantwortlich, welche die betreffende Bestimmung auf Grund ihrer Dienstgewalt ebensogut hätte erlassen können (denn es handelt sich nicht um Rechts-, sondern um administrative Ordnungsvorschriften), und zwar mit einer Wirkung, die dem formellgesetzlichen Dienstbefehl — abgesehen von der letzterem anhaftenden formellen Gesetzeskraft — gleichkommt.

Auch die Erscheinung des Dienstbefehls in Gesetzesform lehrt daher, daß der Gesetzgeber (also im deutschen konstitutionellen Staate der Herrscher: Bundesrat, Monarch) jedem Gesetzesinhalt, der die Zustimmung der Volksvertretung gefunden hat, durch die Sanktion formelle Gesetzeskraft verleihen kann.

Dieser Gesetzesinhalt enthält meistens Normen (Rechts- und Verwaltungsnormen), er kann indessen auch normlos sein (Urteile. Unverbindlicher Gesetzesinhalt).

Bei Vornahme des Sanktionsaktes, des „gesetzgebenden“ Aktes im eigentlichen Sinne, liegt zunächst der Wille und die Absicht vor, ein formelles

---

[207]) Haenel S. 243.

Gesetz zu schaffen, — d. h. eine Staatswillenserklärung zu erlassen, welche nur wieder durch ein formelles Gesetz abgeändert oder zurückgenommen werden kann; während das formelle Gesetz seinerseits andere Staatswillensakte (Verwaltungsnormen) stets einseitig aufheben oder abändern kann.

Die Gesetzgebung ist, wie sich aus dem „formelle Gesetzeskraft" benannten Rechtssatze ergiebt, souverän. Sie kann in das Gebiet der Verwaltung hinübergreifen und Aufgaben derselben, gleichviel von welchen Motiven geleitet, selbst erfüllen, und so administrative oder rechtsprechende Willensakte durch Einhaltung des Gesetzgebungsweges zu formellen Gesetzen erheben.

Dieser Fall liegt auch vor, wenn der Gesetzgeber „Dienstbefehle" erläßt. Er greift hier in die Sphäre der vollziehenden Gewalt ein, ohne daß gerade behauptet werden könnte, er setzte sich an die Stelle derselben. Er oktroyiert nur den Verwaltungsbehörden solche Vorschriften, stattet sie mit formeller Gesetzeskraft aus, will aber keinen Akt der Rechtssetzung ausüben.

Freilich ist es möglich, daß in solchen und ähnlichen Fällen durch Anwendung der Gesetzesform thatsächlich eine Umänderung der Norm anderen Charakters in eine Rechtsnorm eintritt. Diese Möglichkeit ist an verschiedenen Stellen unserer Darstellung wiederholt erwogen und gleichzeitig darauf hingewiesen worden, daß man zur Beantwortung der Frage „materielle Verordnung oder Rechtssatz?" im Einzelfalle stets auf den Zweck und die Absicht des Gesetzgebers, auf die „subjektive Seite" der Norm zurückgehen muß.

Immer aber ist der Grundsatz festzuhalten: Gesetz und Verordnung sind im heutigen konstitutionellen Staate wesentlich formelle Begriffe; insbesondere ist die Gesetzgebung eine vor allen andern ausgezeichnete Form der staatlichen Lebensthätigkeit, eine Form, die, ohne einen Inhalt bestimmten Charakters (Rechtssatz) zu involvieren, vielmehr allen Zielen und Zwecken der Staatsthätigkeit dienstbar gemacht werden kann.

Wir stehen am Ende unserer Betrachtungen.

Es erscheint nicht angezeigt, die allgemeine wissenschaftliche Bedeutung der von Laband und seiner Schule verkündeten und entwickelten Theorie, welche auch für den hier vertretenen wissenschaftlichen Standpunkt maßgebend war, der Theorie von der Zweiseitigkeit des konstitutionellen Gesetzesbegriffes hier nochmals hervorzuheben und auf die große Förderung unserer Erkenntnis der wichtigsten staatsrechtlichen Probleme, welche wir jener Theorie verdanken, hinzuweisen.

Andererseits fällt die Untersuchung der politischen Tragweite unserer

Theorie — ein interessantes Thema! — außerhalb des Rahmens dieser Studien. Der Charakter der letzteren gestattet es, in diesen und anderen Punkten mit vollem Bewußtsein unvollständig zu sein.

Zum Schluß mag unser Blick rückgewendet den durchlaufenen Weg nochmals kurz überschauen!

Wir erkannten die Bedeutung und die Tragweite, welche in dem Gegensatz zwischen formellem und materiellem Gesetz liegt, und suchten die Schwierigkeiten zu bezwingen, welche die Analyse des materiellen Gesetzesbegriffes und seines Wurzelbegriffes: „Rechtssatz" darbietet.

Unsere Darstellung aber setzte sich von Anfang an zwei Ziele: einmal, den gewichtigen theoretischen Bedenken entgegenzutreten, welche, und zwar besonders in Haenel's inhaltsschwerem Buche, gegen die moderne Gesetzestheorie im Allgemeinen geltend gemacht werden; — sodann aber, zu der Erkenntnis zu führen, daß der Rechtssatz nur die eine Unterart der Norm ist: eine befehlend-gewährende Staatswillensäußerung wie sie, jedoch durch spezifisch-subjektive, aus dem Zwecke der Rechtssetzungsfunktion herzuleitende Merkmale ausgezeichnet.

Diese Erkenntnis bot uns die Handhabe zur Beurteilung der rechtlichen Eigenart einer Reihe interessanter gesetzlicher Normen.

Wir sahen, daß die Staatsgewalt Akte der verschiedensten Art im Wege der Gesetzgebung vornimmt: sie setzt und spricht Recht, erläßt Verwaltungsnormen und nicht-befehlende Willenserklärungen jeder Art. Die Substanz dieser Akte wird, um an den Ausdruck Jellinek's anzuschließen, durch Verleihung der formellen Gesetzeskraft an sich nicht verändert.

Wenn somit für die Form des Gesetzes der Rechsinhalt kein Essentiale ist, so kann doch im konstitutionellen Staate ein Rechtssatz nur vom Gesetzgebungsorgan (und seinen Delegataren) erlassen werden.

Hiermit ist der einen Erkenntnis, welche wir der Theorie vom Gesetz im formellen und materiellen Sinne verdanken: der Erkenntnis der unbeschränkten Variabilität des Gesetzesinhalts, eine zweite hinzugefügt:

Jedes Gesetz im materiellen Sinne muß zugleich ein Gesetz im formellen Sinne sein, außer wenn, gleichfalls durch ein formelles Gesetz, auf dieses Erfordernis verzichtet ist.

Dieser Satz schließt das maßgebende Prinzip des konstitutionellen Staates in sich. Die Theorie vom Gesetz im formellen und materiellen Sinne ist die wissenschaftliche Ausprägung des konstitutionellen Staatsgedankens.

Lebenslauf.

Ich bin am 10. Januar 1867 zu Halle a/S. geboren, als Sohn des ordentlichen Professors der Rechte an der dortigen Universität, Dr. August Anschütz, und dessen Ehefrau Anna geb. Volkmann. Seit 1876 besuchte ich das Stadtgymnasium zu Halle a/S., welches ich zu Ostern 1886 mit dem Zeugnis der Reife verließ, um mich dem Studium der Rechte zu widmen.

Ich hielt mich von 1886 bis 1889 an den Universitäten Genf, Leipzig, Berlin und Halle a/S. auf.

Nach einer dreijährigen Studienzeit meldete ich mich beim Königl. Oberlandesgericht zu Naumburg a/S. zur Ablegung der ersten juristischen Staatsprüfung, welche ich am 9. Juli 1889 bestand.

Ich wurde seither beim Königl. Amtsgericht zu Bitterfeld und beim Königl. Landgericht zu Halle a/S. als Referendar beschäftigt. Während dieser Zeit arbeitete ich an der vorliegenden Inaugural-Schrift und wurde im Juli des vergangenen Jahres von der juristischen Fakultät der Universität Halle a/S. zu den Promotionsleistungen zugelassen. Das examen rigorosum bestand ich am 17. Dezember.

Zum Schluß verfehle ich nicht, allen den Herren Universitätslehrern, deren Vorlesungen ich während meiner Studienzeit gehört habe, ganz besonders aber den Herren Professoren an der Hochschule meiner Vaterstadt: Geh. J.-R. Fitting, Loening, Lastig, Schollmeyer, Stammler, Brunnenmeister, Friedberg, deren Schüler ich die Ehre habe mich zu nennen, meinen aufrichtigsten und tiefgefühltesten Dank auszusprechen.

Thesen.

I. Für das Staatsrecht des Deutschen Reichs gilt unumschränkt der Satz: Jedes Gesetz im materiellen Sinne muß zugleich ein solches im formellen Sinne sein, sofern nicht ein formelles Gesetz eine andere Form zuläßt.

II. Die Aufstellung einer allgemeinen Regel ist kein wesentliches Merkmal des Rechtssatzbegriffes.

III. Ein auf Grund des Art. 76 Abs. 2 der Reichsverfassung zur Erledigung eines Verfassungsstreites erlassenes Gesetz braucht nicht notwendig ein Rechtsspruch im materiellen Sinne zu sein.

IV. Der Vergleich über den Streitgegenstand ist keine Prozeßhandlung im Sinne des § 52 der Civilprozeßordnung.

V. Der Mundraub (§ 370 Ziff. 5 des Strafgesetzbuchs) ist auch dann als Übertretung zu bestrafen, wenn bei seiner Begehung die erschwerenden Umstände des § 243 St.-G.-B. vorliegen.

VI. Ein Prüfungsrecht des verfassungsmäßigen Zustandekommens der Reichsgesetze steht den Behörden, insbesondere den Gerichten, nicht zu.

Bögl

Anschütz, Gerhard,

Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz

Leipzig 1891